

ODPIS

BIURO RZECZNIKA
PRAW OBYWATELSKICH

WPL. 2021 -06- 02

ZAL. 20 NR

TKP

Traple
Konarski
Podrecki
& Wspólnicy

Kraków, 28 maja 2021 r.



RPW/45495/2021 P
Data: 2021-06-02

Sąd Okręgowy w Warszawie
Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
ul. Czerniakowska 100
00-454 Warszawa

- Powód:** Rzecznik Praw Obywatelskich
Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
al. Solidarności 77
00-090 Warszawa
- Pozwany:** Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Pl. Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
- Strona:** Polski Koncern Naftowy Orlen S.A.
ul. Chemików 7
09-411 Płock
nr KRS: 0000028860
adres e-mail: zarzadPKN@orlen.pl
reprezentowany przez adw. dr. hab. prof. INP PAN
Pawła Podreckiego, adw. dr. Tomasza Targosza,
Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy sp. j.

Sygn. akt: XVII AmA 43/21

**Odpowiedź PKN ORLEN S.A. na odwołanie Rzecznika Praw
Obywatelskich od decyzji Prezesa UOKiK z 5 lutego 2021 r.
nr DKK-34/2021**

Działając w imieniu PKN ORLEN S.A. (dalej także „Strony”) wnoszę o odrzucenie odwołania, względnie o oddalenie w całości odwołania Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej „RPO”) od decyzji Prezesa UOKiK z 5 lutego 2021 r. nr DKK-34/2021 zezwalającej na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez PKN ORLEN S.A. kontroli nad Polska Press sp. z o.o.

Traple Konarski Podrecki i Wspólnicy sp.j.

ul. Królowej Jadwigi 170
30-212 Kraków

tel.: (+48) 12 426 05 30
fax: (+48) 12 426 05 40

ul. Tworząda 4
00-105 Warszawa

tel.: (+48) 22 850 10 10
fax: (+48) 22 897 63 72

www.traple.pl
office@traple.pl

NIP PL6772105587

konto: ING Bank Śląski S.A. o/Kraków
nr 84 1050 1445 1000 0022 1962 7029

UZASADNIENIE

Odwołanie RPO od decyzji Prezesa UOKiK z 5 lutego 2021 r. nr DKK-34/2021 zezwalającej na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu przez PKN ORLEN S.A. kontroli nad Polska Press sp. z o.o. jest w całości bezzasadne i winno zostać odrzucone, względnie oddalone.

Poniżej PKN ORLEN odniesie się do odwołania RPO z 5 marca 2021 r. od decyzji Prezesa UOKiK nr DKK-34/2021, doręzonego PKN ORLEN 30 kwietnia 2021 r. PKN ORLEN wskazuje, że do doręzonego niedługo przed terminem wniesienia odpowiedzi na odwołanie pisma RPO z 26 kwietnia 2021 r. zatytułowanego „Uzupełnienie odwołania” odniesie się w terminie wyznaczonym przez Sąd, po analizie tego pisma.

1. Zarzuty postawione w Odwołaniu i ich kwalifikacja prawna. Dopuszczalność Odwołania

1.1. Analizując postawione w Odwołaniu zarzuty należy stwierdzić, że sformułowany w Odwołaniu zarzut *„niewyjaśnienia w toku przeprowadzonego przez organ postępowania czy w wyniku dokonanej koncentracji na produktowym rynku właściwym, tj. rynku środków społecznego przekazu, w tym prasy, konkurencja nie zostanie istotnie ograniczona, a tym samym niewyjaśnienie czy w wyniku dokonanej koncentracji nie dojdzie do niedopuszczalnego ograniczenia wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, a w konsekwencji także do naruszenia wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”*, uwzględniając uzasadnienie odwołania, można bardziej szczegółowo przedstawić jako postawienie przez Rzecznika zarzutów, że:

- a) Skarżona decyzja nie wzięła pod uwagę aspektu pluralizmu mediów i ich niezależności politycznej, ewentualnie także innych aspektów związanych z ochroną praw podstawowych/praw i wolności chronionych w Konstytucji RP;
- b) Skarżona decyzja została wydana w postępowaniu, w którym bezpodstawnie odmówiono RPO dostępu do akt postępowania;
- c) Badanie rynków właściwych, na które koncentracja wywiera wpływ, zostało dokonane w oparciu o definicje zawarte w § 2 pkt 3-5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji (Dz. U. z 2018 r. poz. 367), które w tym zakresie zdaniem Rzecznika zostało wydane bez podstawy prawnej;
- d) Prezes UOKiK nieprawidłowo ograniczył postępowanie w zakresie prasy i stron internetowych jako nośników treści jedynie do rynku reklam, co ma oznaczać, iż zdaniem organu antymonopolowego nie są one natomiast nośnikami idei i informacji, a to pomija podstawową funkcję prasy. Zarzut ten powiązany jest z definicją rynku właściwego (art. 4 pkt 9 u.o.k.k) i zdaje się opierać na założeniu, iż rynek ten (rynki) nie zostały przez Prezesa UOKiK prawidłowo określone z uwagi na nieuwzględnienie przeznaczenia prasy;
- e) Prezes UOKiK nieprawidłowo zbadał skutki koncentracji, a w szczególności nie zbadał „czy w wyniku koncentracji, konkurencja na rynku wolnego słowa, prawa

do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, a więc na rynku produktowym opisanym w art. 1 Prawa prasowego i obejmującym różne sektory, nie zostanie w istotny sposób ograniczona”, a tym samym nie wziął pod uwagę „dobra konsumenta”;

- f) Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę, że „na relewantnym rynku produktowym działają i odgrywają istotną rolę podmioty całkowicie zależne tak jak i PKN Orlen, od Skarbu Państwa, a w konsekwencji, także od polityków.”, takie jak Polska Agencja Prasowa oraz jednostki publicznej radiofonii i telewizji. W konsekwencji „na rynku prasowym i rynku innych środków społecznego przekazu, zarówno o zasięgu krajowym, jak też o zasięgu regionalnym i lokalnym, działają przedsiębiorcy należący do Skarbu Państwa, zaś w wyniku koncentracji do działających już na tym rynku przedsiębiorców - spółek akcyjnych Skarbu Państwa dołączy spółka akcyjna, w której Skarbu Państwa sprawuje faktyczną kontrolę korporacyjną” ;
- g) Organ naruszył art. 7 i 77 § 1 k.p.a. w zw. z art. 14 i 54 ust. 1 Konstytucji RP, a także art. 20 Konstytucji RP - ten ostatni dlatego, że zgoda na koncentrację „legalizuje stan niekonstytucyjny, tj. znaczący wzrost ingerencji państwa i jego uprawnień właścicielskich w gospodarce, w której zasadą jest brak aktywności państwa wynikający zarówno z art. 20 Konstytucji RP i jak określonej w preambule Konstytucji RP zasady pomocniczości”.

- 1.2. Przedstawione wyżej zastrzeżenia Rzecznika do zaskarżonej decyzji opierają się w znacznej części na powtarzających się argumentach i zostaną omówione w dalszej części niniejszej odpowiedzi. Należy jednak już na wstępie zauważyć, że zasadnicza treść postawionych decyzji zarzutów **w sposób diametralny odbiega od antymonopolowych kryteriów oceny koncentracji przedsiębiorców**. Niewątpliwie bowiem najczęściej powtarzanym w uzasadnieniu odwołania zarzutem jest to, iż Prezes UOKiK z założenia nie wziął pod uwagę skutków koncentracji dla pluralizmu i wolności mediów, a w konsekwencji nie dokonał analizy aspektów sprawy, które odnosiły się do tych zagadnień. Prawna strona argumentacji podniesionej w odwołaniu wyraźnie zakłada, iż Prezes UOKiK miał zdaniem RPO zastosować wskazane przez Rzecznika przepisy Konstytucji RP.
- 1.3. Nie będzie większej przesady w stwierdzeniu, że żadna jeszcze koncentracja w Polsce, w tym na rynku medialnym, nie była oceniana w taki sposób, jaki postuluje Rzecznik w uzasadnieniu odwołania. Można z tego wnosić, że **w oparciu o „tradycyjnie” stosowane w prawie konkurencji kryteria zaskarżone decyzja nie budzi w zasadzie żadnych zastrzeżeń**, a rozstrzygnięcie o innej treści nie mogło zostać wydane. Poniżej PKN ORLEN wykaże, iż, po pierwsze, całkowita zmiana perspektywy, jaką przewiduje odwołanie nie ma żadnych podstaw prawnych; po drugie wykazane zostanie, iż to oparcie się na wskazywanych przez Rzecznika kryteriach byłoby nie tylko niedopuszczalne na gruncie obowiązującego prawa, ale byłoby także niezwykle groźne z punktu widzenia podstawowych zasad wynikających dla działania organów władzy publicznej z aktu, na który odwołanie wielokrotnie się powołuje, tj. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

- 1.4. Z uwagi na zupełne odejście zarzutów i argumentacji odwołania od respektowanych do tej pory w orzecznictwie i literaturze zasad oceny koncentracji na gruncie przepisów polskiej u.o.k.k. przed przystąpieniem do analizy poszczególnych zarzutów, zasadne wydaje się podjęcie próby dokonania ich syntezy normatywnej, tj. zastanowienia się, w jaki w ogóle sposób zagadnienia podnoszone przez Rzecznika mogłyby być wprowadzone do analizy antymonopolowej.
- 1.5. Jak już wyżej wskazano, poszczególne podniesione w odwołaniu argumenty przenikają się i w związku z tym możliwe wydaje się ich ujęcie w następujących grupach:
- a) Zarzutów dotyczących braku uwzględnienia wolności i pluralizmu mediów, który ma w istocie dwie odsłony. Chodzi w nim bowiem zarówno o to, że zdaniem Rzecznika takie kryteria mają być brane pod uwagę przy ocenie, czy uzasadnione jest wydanie zgody na koncentrację, jak i o to, że, czyniąc odmienne założenie Prezes UOKiK nie zbadał kwestii ich dotyczących przed wydaniem zgody.
 - b) Zarzutów dotyczących braku uwzględnienia okoliczności, iż dla skutków koncentracji – pozycji rynkowej nabywcy – miałyby mieć znaczenie okoliczność, iż PKN ORLEN jest spółką ze znacznym udziałem Skarbu Państwa.
 - c) Zarzutów, które bliższe są „typowym” zarzutom antymonopolowym i dotyczą przede wszystkim definicji rynków właściwych oraz wpływowi koncentracji na konkurencję na tych rynkach.
 - d) Zarzutów natury „formalnej” dotyczących sposobu prowadzenia postępowania przez Pozwanego.
- 1.6. We wszystkich tych przypadkach konieczne jest nie tylko odniesienie się do samej istoty wskazanych zarzutów i istnienia dla nich podstaw prawnych i faktycznych, ale także do tego, czy zostały one przez RPO odpowiednio wykazane.
- 1.7. Postępowanie przed SOKiK uznaje się jednolicie za postępowanie **pierwszoinstancyjne, toczące się według zasady kontradyktoryjności** (por. wyrok SA w Warszawie z dnia 24 lipca 2008 r., sygn. VI ACa 12/08). W postępowaniu tym zakres rozpoznania sprawy wyznacza odwołanie, a co za tym idzie także decyzja administracyjna, od której zostało ono wniesione. W wyniku rozpatrzenia odwołania sąd winien wydać orzeczenie ustosunkowujące się do zaskarżonej nim decyzji. Sąd nie powinien ograniczyć się do wskazywania wadliwości decyzji, ale władny jest usunąć wady zaskarżonej decyzji (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2002 r. w sprawie I CKN 1465/00, Lex 75278; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1991 r. w sprawie III CRN 120/91, OSNC 5/92/87; wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 14 września 2006 r. w sprawie XVII Ama 71/05 - Dz. Urz. UOKiK 4/06/61). Celem postępowania sądowego nie jest jedynie kontrola prawidłowości przeprowadzenia postępowania administracyjnego, z czego wynika m.in. **wyłączenie spod kognicji sądu uchybień proceduralnych** popełnionych przez organ antymonopolowy. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 maja 2004 r. w sprawie III SK 44/04 (OSNP z 2005 nr 9, poz. 36) przedmiotem postępowania jest merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której istotą jest spór między stronami powstający po wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK. W takim ujęciu sąd powinien więc co do zasady zastosować do ustalonego w sprawie stanu faktycznego właściwe

normy prawa materialnego, przy czym stan faktyczny ustalany jest w oparciu o przeprowadzone na wniosek stron dowody z uwzględnieniem materiałów zebranych w postępowaniu administracyjnym.

- 1.8. W obowiązującym w prawie polskim modelu odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK ma **charakter powództwa** i znajdują w związku z tym do niego zastosowanie wymagania odnoszące się do pozwu. W szczególności, strona wnosząca odwołanie ma obowiązek wykazać swoje twierdzenia, w tym za pomocą odpowiednich dowodów. Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK zasadniczo różni się zatem od odwołania w procedurze administracyjnej. Postępowanie sądowe nie służy tu co do zasady kontroli aspektów formalnych działań organu w toku postępowania administracyjnego; nie jest też wystarczające poddanie w wątpliwość twierdzeń i ocen organu. Wnoszący odwołanie musi udowodnić swoje twierdzenia i argumenty w sposób, który jest procesowo dopuszczalny.
- 1.9. Ustawa o Rzeczniku Praw Obywatelskich, pozwalająca Rzecznikowi na wszczynanie postępowań cywilnych na zasadach obowiązujących prokuratora nie przewiduje żadnych szczególnych regulacji dotyczących wszczętego przez Rzecznika postępowania. Nie daje ona m.in. podstaw do twierdzenia, iż wytaczając powództwo RPO nie ma obowiązku udowodnić stawianych twierdzeń lub że nie obowiązują go przepisy przewidujące prekluzję dowodową. Przeciwnie, należy przyjąć, że w niniejszym postępowaniu rola Rzecznika odpowiada prokuratorowi, który nie działa na rzecz oznaczonej osoby (art. 57 k.p.c.), co oznacza, że Rzecznik jest dysponentem tak wszczętego postępowania. Postępowanie, w której występuje w takiej roli Rzecznik nie przestaje być postępowaniem kontrydiktoryjnym. Jedyną odmiennością wprowadzoną przez ustawę jest brak obowiązku ponoszenia przez Rzecznika kosztów sądowych.
- 1.10. Powyższe ma dla niniejszej sprawy istotne znaczenie z tego względu, że można odnieść wrażenie, iż odwołanie Rzecznika od decyzji Prezesa UOKiK z 5 lutego 2021r. nr DKK-34/2021 zezwalającej na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu przez PKN ORLEN S.A. w swojej konstrukcji i argumentacji przypomina raczej odwołanie na gruncie k.p.a. lub skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, a nie pozew w postępowaniu cywilnym. W szczególności nie przedstawia ono w zasadzie żadnych dowodów na poparcie podniesionych w nim zarzutów.
- 1.11. Jakkolwiek podniesione w odwołaniu zarzuty są w przekonaniu PKN ORLEN w tak oczywisty sposób bezzasadne, że odwołanie to nie może przynieść skutku, wypada również zwrócić uwagę, iż w niniejszej sprawie doszło do sytuacji zupełnie niezwykle nie tylko z uwagi na podniesioną w odwołaniu argumentację. Trzeba bowiem zauważyć, że jest to być może **jedyna w historii polskiego organu antymonopolowego sprawa, w którym kwestionowana jest decyzja wydająca zgodę na koncentrację**. Sytuacja taka w ogóle nie była brana przez ustawodawcę pod uwagę. Zgodnie z art. 479²⁹ § 1 k.p.c. „Stroną postępowania przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów jest Prezes Urzędu oraz podmiot będący stroną w postępowaniu przed Prezesem Urzędu”, co w sprawach koncentracyjnych oznacza uczestników koncentracji. Oczywistym jest, że strony koncentracji, które uzyskały na nią bezwarunkową zgodę, nie będą składać odwołań od decyzji Prezesa Urzędu.

- 1.12. Przyjęcie, że od decyzji wydającej zgodę na koncentrację odwołanie może złożyć podmiot trzeci, w sytuacji, gdy z natury tej decyzji wynika, iż z chwilą zgody koncentracja wywołuje skutki prawne, prowadzi do trudnych do zaakceptowania konsekwencji. Oznacza to bowiem powstanie stanu niepewności i trudnych nawet do normatywnego wyobrażenia skutków ewentualnego uchylecia lub zmiany decyzji. Są to skutki, których ustawodawca chciał uniknąć przesądzając, że żaden inny podmiot, poza uczestnikami koncentracji nie może być stroną postępowania sądowego (a tym samym złożyć odwołania). Wydaje się, że zagadnieniu temu warto poświęcić nieco uwagi także dlatego, że ma ono przecież znaczenie nie tylko dla niniejszej sprawy. Jaki bowiem miałby być tak naprawdę skutek odwołania od decyzji wyrażającej zgodę? Ewentualna zmiana takiej decyzji oznaczałaby bowiem przecież zakaz dokonania koncentracji, która została już sfinalizowana - zdarzenie prawne, takie jak przejście udziałów lub akcji, ma charakter „punktowy”, tj. dzieje się w „jurydycznej sekundzie” i nie jest ani praktycznie, ani nawet teoretycznie możliwe, by skutek ten nie zaszedł z chwilą udzielenia zgody (czynność taka jak umowa przenosząca udziały zawierana jest pod warunkiem, a spełnienie się warunku aktualizuje powstanie skutku prawnego). W tej sytuacji hipotetyczny wyrok uchylający taką decyzję lub zmieniający ją w sposób zakazujący dokonania koncentracji rodziłby trudne do przewyżczenia problemy. Obowiązująca regulacja prawna nie zna podstaw stwierdzania nieważności decyzji Prezesa UOKiK lub „unieważniania” koncentracji (na wzór np. unieważnienia małżeństwa). W takiej sytuacji, w której osiągnięcie określonego skutku nie jest prawnie możliwe, albo byłoby możliwe tylko poprzez obejście podstawowych zasad systemu prawnego, w tym zaufania do państwa i prawa, zasadnym jest zadanie pytania, nie tylko czy odwołanie w niniejszej sprawie jest uzasadnione, ale czy jest ono w ogóle dopuszczalne.
- 1.13. Powyższe daje podstawę do rozważenia, czy **rzeczywiście wniesienie przez Rzecznika odwołania w niniejszej sprawie znajduje oparcie w obowiązujących przepisach**. W przekonaniu PKN ORLEN budzi to uzasadnione wątpliwości.
- 1.14. Rzecznik wskazuje, iż działa na podstawie art. 14 pkt 4 ustawy o RPO. Przepis ten stanowi, że Rzecznik może żądać wszczęcia postępowania w sprawach cywilnych, jak również wziąć udział w każdym toczącym się już postępowaniu - na prawach przysługujących prokuratorowi. Odwołanie się do „praw przysługujących prokuratorowi” oznacza, jak już wskazano, w niniejszym postępowaniu art. 7 i 57 k.p.c.
- 1.15. Występowanie prokuratora na podstawie art. 57 k.p.c. oznacza, iż musi on pozwać wszystkie **strony danego stosunku prawnego** objętego roszczeniem procesowym. Jak wskazuje P. Feliga (w) T. Szancilo (red) Kodeks postępowania cywilnego. Tom I-II. Komentarz do art. 1-1217, Warszawa 2019, art. 57, nb. 3 *„Prokurator ma legitymację procesową czynną, jeżeli wytacza powództwo o roszczenie procesowe w takim zakresie, w jakim przedmiot procesu znajduje oparcie w twierdzeniu o istnieniu albo nieistnieniu normy indywidualno-konkretnej przytoczonej w pozwie, wynikającej ze stosunku prawnego osób pozwanych”*. Już na tym etapie pojawiają się zasadnicze wątpliwości, ponieważ trudno jest mówić, by między PKN ORLEN a Prezesem UOKiK

istniał jakikolwiek prywatny stosunek prawny. Konstrukcja powództwa z art. 57 k.p.c. jest w tym kontekście nieadekwatna.

- 1.16. Istnieje jednak jeszcze jeden warunek, jaki musi być spełniony, by prokurator (a w konsekwencji Rzecznik) mógł wytoczyć powództwo: **powództwo takie musi być ogólnie dopuszczalne**. Inaczej mówiąc, musi istnieć sytuacja, w której teoretycznie ktoś mógłby wytoczyć powództwo z żądaniem takim jak żądanie procesowe Rzecznika. Ten warunek nie jest w niniejszej sprawie spełniony. Zgodnie z art. 97 ust. 1 u.o.k.k. przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, są obowiązani do wstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana. Z przepisu tego wynika *a contrario*, że z chwilą wydania (a nie uprawomocnienia się!) decyzji wydającej zgodę, przedsiębiorca może dokonać koncentracji. Co więcej, często, skoro zgodnie z art. 97 ust. 2 u.o.k.k. „czynność prawna, na podstawie której ma nastąpić koncentracja, może być dokonana pod warunkiem wydania przez Prezesa Urzędu, w drodze decyzji, zgody na dokonanie koncentracji lub upływu terminów, o których mowa w art. 96 lub w art. 96a”, dokonanie koncentracji następuje wówczas „automatycznie”, bez żadnych dodatkowych czynności ze strony uczestników.
- 1.17. Jak wspomniano, obowiązująca regulacja niewątpliwie oparta jest na założeniu, że nie przysługuje środek zaskarżenia od decyzji wydającej bezwarunkową zgodę na koncentrację. Założenie to jest w pełni spójne z treścią art. 97 u.o.k.k. Skoro bowiem z chwilą wydania decyzji koncentracja się dokonuje (a w każdym razie ustaje obowiązek powstrzymania się od jej dokonania) to powstaje pytanie jaki miałby być w ogóle skutek odwołania. O założeniu ustawodawcy, iż zgoda na dokonanie koncentracji umożliwia „dokonania koncentracji” świadczy art. 22 ust. 1 u.o.k.k., zgodnie z którym „Decyzje, o których mowa w art. 18 i art. 19 ust. 1 lub art. 20 ust. 2, wygasają, jeżeli w terminie 2 lat od dnia ich wydania koncentracja nie została dokonana” (termin ten może być przedłużony wyjątkowo o rok). Ponieważ przepis ten wskazuje, iż początkiem biegu terminu jest dzień wydania decyzji wyrażającej zgodę, jej zaskarżenie nie miałoby wpływu na bieg tego terminu.
- 1.18. Mając na uwadze wniosek odwołania w niniejszej sprawie można przyjąć, że jego cele realizowałyby dwa rodzaje orzeczeń sądowych: wyrok uchylający decyzję lub wyrok zmieniający ją w ten sposób, że zakazuje koncentracji. W obu przypadkach brak jest podstawy prawnej do przyjęcia, iż stan opisany w art. 97 ust. 1 u.o.k.k. zostaje uznany za niebyły. Warto wskazać, że art. 21 ust. 2 u.o.k.k. nie miałby wprost zastosowania, ponieważ opisywany przypadek nie byłby skutkiem uchylenia decyzji z przyczyn wskazanych w art. 21 ust. 1, podobnie jak art. 21 ust. 4 (ponieważ zgłoszenie zostało dokonane).
- 1.19. Tym samym można przyjąć, że obowiązujące prawo nie przewiduje skarżenia decyzji o zgodzie na dokonanie koncentracji – wszystkie jego konstrukcje zostały zbudowane na tym założeniu. Prowadzić to winno do wniosku, że także Rzecznik nie ma legitymacji do wniesienia odwołania od decyzji wyrażającej zgodę, ponieważ uprawnienie Rzecznika wynikające z art. 14 ustawy o RPO nie obejmuje wszczynanie postępowań, które nie są przez obowiązujące prawo przewidziane. Dla takiej

wykładni istotne może być zastosowanie przepisów Konstytucji RP, jednak nie w taki sposób, jak wskazany w odwołaniu (który narusza podstawowe zasady oceny koncentracji), ale w sposób od dawna uznany i nie budzący zastrzeżeń, tj. prokonstytucyjnej wykładni. Rozsądnym wydaje się założenie, że działania RPO nie mogą powodować skutków, które w sposób nieunikniony naruszają zasadę ochrony praw nabytych, wolności gospodarczej, naruszają zaufanie podmiotu prawa do państwa i prawa i mogą rodzić poważne szkody dla działającego w sposób legalny przedsiębiorcy. Powyższe uzasadnia wniosek o **odrzucenie odwołania**.

- 1.20. Jak zostanie to poniżej wykazane, w przypadku uznania, iż odwołanie Rzecznika było formalnie dopuszczalne, zasługuje ono w całości na oddalenie.

2. Brak podstaw do uwzględnienia kryterium „pluralizmu mediów”

- 2.1. Zgodnie z art. 18 u.o.k.k. „Prezes Urzędu, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.” Konsekwentnie, zgodnie z art. 20 ust. 1 tej ustawy „Prezes Urzędu zakazuje, w drodze decyzji, dokonania koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”. W obu przypadkach jedynym wskazanym w ustawie kryterium oceny jest to, czy w następstwie koncentracji konkurencja na rynku (właściwym) **zostanie lub nie istotnie ograniczona**.
- 2.2. Powstaje w związku z tym pytanie, w jaki sposób i na jakiej podstawie zagadnienie pluralizmu mediów miałyby być brane pod uwagę przy ocenie zamiaru koncentracji. Odwołanie nie wskazuje tej podstawy jednolicie, jednakże jego analiza pozwala przyjąć, iż zdaniem Rzecznika miałyby to nastąpić na dwa, nie w pełni ze sobą spójne, sposoby. W pierwszym ujęciu miałyby to nastąpić przez **specyficzne rozumienie terminu „konkurencja”**, który mieściłby w sobie także element „pluralizmu opinii”. W drugim ujęciu, miałyby to nastąpić dzięki – jak się wydaje – **bezpośredniemu zastosowaniu Konstytucji RP**. W tym ostatnim przypadku Prezes Urzędu miałby orzekać niejako obok ustawy antymonopolowej, aby zapobiec powstaniu stanu, jak to wskazano w odwołaniu powołując się na publikację prasową, niekonstytucyjnego. Obie te metody są niedopuszczalne.
- 2.3. Zgodnie z fundamentalną zasadą praworządności (art. 7 Konstytucji RP) „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. W przypadku organu administracyjnego, a takim jest w istocie Prezes UOKiK, oznacza to bezspornie, że **organ taki nie może rozszerzać swoich kompetencji, a już zwłaszcza w sposób, który zawęży sferę wolności podmiotów prawa**. Poddanie koncentracji przedsiębiorców (pod pewnymi warunkami) kontroli sprawowanej przez organ antymonopolowy stanowi oczywiste ograniczenie wolności gospodarczej, również chronionej konstytucyjnie. Z prawnego punktu widzenia koncentracje są bowiem prywatnoprawnymi transakcjami dokonywanymi przez przedsiębiorców. Poddanie ich kontroli i to kontroli *ex ante* wymaga wyraźnej podstawy ustawowej. Nie wydaje się, by można było mieć w tym względzie jakiegokolwiek wątpliwości. Gdyby przyjąć inaczej,

należałoby np. uznać, że sąd rejestrowy miałby prawo odmówić wpisu połączenia spółek do Krajowego Rejestru Sądowego, powołując się na to, że jego zdaniem połączenie narusza konkurencję, zagraża pluralizmowi, czy jakiegokolwiek innej wartości chronionej konstytucyjnie. Nie można kwestionować, iż takie rozstrzygnięcia byłyby w aktualnym systemie prawnym całkowicie niemożliwe do przyjęcia.

- 2.4. Skoro poddanie koncentracji kontroli wymaga wyraźnej podstawy prawnej, to oczywistym jest również, że podstawa ta zakreśla przedmiot i granice kontroli. Inaczej mówiąc, organ, który musi mieć szczególną podstawę normatywną by móc ingerować w prywatnoprawną transakcję, musi mieć również **wskazane kryteria, według których ta ingerencja może nastąpić**. Należy, co więcej, przyjąć, że kryteria te muszą być wystarczająco precyzyjnie wskazane. Niedopuszczalne, bo niekonstytucyjne (naruszające art. 2 Konstytucji RP) byłoby np. wprowadzenie rozwiązania, zgodnie z którym Prezes UOKiK mógłby zakazać koncentracji dlatego, że jego zdaniem byłaby ona niepożądana lub że zagrażałaby którejś wartości chronionej na gruncie Konstytucji RP. Taka regulacja dawałaby organowi nieproporcjonalnie szerokie kompetencje i czyniłoby jego rozstrzygnięcia nieprzewidywalnymi dla uczestników obrotu. Nie jest więc ani przypadkiem, ani wadą obowiązującego prawa, że wskazuje ono wyraźne kryterium oceny koncentracji – istotne ograniczenie konkurencji. Nie jest to kryterium przykładowe, ale jedyne. Ocena koncentracji według jakichkolwiek innych kryteriów byłaby pozbawiona podstaw normatywnych i w związku z tym oczywiście bezprawna.
- 2.5. Prezes Urzędu nie ma także żadnej swobody decyzyjnej, jeśli chodzi o treść decyzji koncentracyjnej. Jeśli konkurencja w wyniku koncentracji nie zostanie istotnie ograniczona, musi on wydać zgodę, a inne rozstrzygnięcie byłoby bezprawne.
- 2.6. **Pojęcie „konkurencji”, jak również jej „ograniczenia” ma w prawie antymonopolowym od dawna ugruntowane znaczenie i to nie tylko w Polsce.** Wyróżnia się dwa zasadnicze podejścia do określenia znaczenia terminu „konkurencja”. W pierwszym jest to proces rynkowej rywalizacji, rozumiany jako "swoboda podejmowania działalności gospodarczej, decyzji biznesowych, wyboru kontrahentów i klientów oraz kształtowania treści zawieranych umów" (S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa, Komentarz*, Warszawa 1999, s. 25). W orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że *"dobrem chronionym jest swobodna konkurencja, która zgodnie z wolą ustawodawcy nie może podlegać ograniczeniom przez działania innych"* (wyr. SA w Warszawie z 15.10.2012 r., VI ACa 327/12, niepubl.). W tym ujęciu konkurencja jest **wolnością działalności gospodarczej**. W drugim modelu konkurencja jest określana jako „mechanizm (proces) regulujący zachowania rynkowe przedsiębiorców prowadzący do maksymalnie możliwej efektywności (alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej) działań przedsiębiorców” (T. Skoczny, D. Miąsik (w) T. Skoczny (red) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 1, nb. 31). Wspólne dla obu nurtów jest to, że konkurencja jest postrzegana **w kategoriach gospodarczych/ekonomicznych**. Bardzo podobne ujęcia dominują w literaturze obcej (R. Wish, *Competition Law*, Oxford 2012, s. 3 i n).

- 2.7. Ograniczenie konkurencji, które dawałoby podstawy do zakazania koncentracji musi być ograniczeniem konkurencji **na rynku**, który należy rozumieć jako rynek właściwy, zdefiniowany w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. jako *„rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”*. Użyte w art. 4 pkt 9 pojęcia takie jak „substytuty”, „bariery dostępu”, „ceny”, „koszty” jednoznacznie wskazują, że chodzi o kategorie ekonomiczne. Inaczej mówiąc, **definicja rynku właściwego jest możliwa do skonstruowania wyłącznie w oparciu o kryteria ekonomiczne**, a zatem ograniczenie konkurencji na takim rynku także musi mieć wymiar ekonomiczny.
- 2.8. Jakkolwiek rozumieniu pojęcia „konkurencji” w prawie antymonopolowym można byłoby poświęcić monografię, dalsze wywody w tym kierunku wydają się być zbędne. Ważne jest bowiem również to, że choć stosowane w prawie konkurencji oceny i pojęcia są często nieostre, to jednak nie można twierdzić, że kilkudziesięcioletni dorobek doktryny i orzecznictwa nie tylko w Polsce, ale także w UE ma zostać porzucony na potrzeby jednej konkretnej sprawy dlatego, że jego zastosowanie, tj. rozumienie pojęcia konkurencji w sposób, w jaki dotychczas było ono rozumiane w tysięcy wypowiedzi naukowych oraz decyzji i wyroków, nie pozwala uwzględniać aspektów, które zdaniem odwołującego się winny być brane pod uwagę przy wydawaniu decyzji koncentracyjnych. Tego rodzaju zmiana rozumienia podstawowych pojęć nie może przecież ograniczać się do jednego postępowania, ale musiałaby objąć także wszystkie inne sprawy koncentracyjne. Zamiast znanego kryterium, dla którego wypracowana została szczegółowa metodologia ocen, zastosowanie znajdowałyby niejasne uwarunkowania związane z licznymi innymi interesami i wartościami, które mogą być dotknięte procesem koncentracji. Dopuszczenie do takiej sytuacji byłoby nie tylko wysoce szkodliwe, ale oznaczałoby również oczywiste naruszenie zaufania działających na rynku podmiotów do państwa i prawa.
- 2.9. Wskazując na powyższy punkt wyjścia można odnieść się do pierwszej postaci zarzutu odwołania, tj. zarzutu, że Prezes UOKiK uznał za pozostającą *„poza właściwością organu antymonopolowego”* sferę *„monopoli informacyjnych budowanych za pomocą transakcji handlowych, w efekcie realizacji których może dojść do ograniczenia wolności wypowiedzi i prawa do rzetelnej informacji, nawet jeśli monopol ten stanowi zaprzeczenie zachowania warunków konkurencji.”*, podczas gdy, zdaniem Rzecznika, *„Ukształtowanie normy prawnej z art. 18 u.o.k.i.k. pozwala (...) na szerokie zbadanie zaistnienia istotnego ograniczenia konkurencji”* uwzględniające *„zarówno specyfikę rynków (tak jak rynek mediów), jak i charakter przedsiębiorcy”*.
- 2.10. Zwraca uwagę, że użyte w odwołaniu pojęcia są w istocie wysoce niejasne; jeszcze mniej jasna jest ich rzeczywista relacja do pojęcia „konkurencji”. Na pewnym etapie konieczne bowiem jest odejście od posługiwania się ogólnymi określeniami, takimi jak „wolność wypowiedzi”, „pluralizm” czy „prawo do rzetelnej informacji” i zastanowienie się co miałyby one w istocie oznaczać w kontekście kontroli koncentracji. Uwzględnienie w kategorii rynku relewantnego takich elementów prowadzić musiałoby

do przyjęcia, że obok rynków wyznaczonych zgodnie z art. 4 pkt 9 u.o.k.k. istnieją jakieś inne rynki „idei i informacji”, wyznaczone w zupełnie inny sposób. Wydaje się, że do tego zmierza odwołanie. Rzecznik wskazuje w nim bowiem, że „poszczególne środki społecznego przekazu ze względu na swoje główne przeznaczenie (realizacja wolności wypowiedzi i prawa do informacji, jawności życia publicznego, kontroli i krytyki społecznej), niezależnie od nośników (prasa drukowana, internet, radio, telewizja) są uznawane przez konsumentów za substytuty w takim znaczeniu, jakie wynika z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Służą one bowiem zaspokojeniu tych samych potrzeb, a więc przede wszystkim potrzeby pozyskania informacji, w tym informacji o sprawach publicznych” i powołuje się na definicję prasy przytoczoną w wyroku SN z dnia 28 października 2016 r. (sygn. akt I CSK 695/15: „Zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 1 Pr.pras., prasa w rozumieniu ustawy oznacza publikacje periodyczne, które nie tworzą zamkniętej, jednorodnej całości, ukazujące się nie rzadziej niż raz do roku, opatrzone stałym tytułem albo nazwą, numerem bieżącym i datą, a w szczególności dzienniki i czasopisma, serwisy agencyjne, stałe przekazy teletekstowe, biuletyny, programy radiowe i telewizyjne oraz kroniki filmowe. Prasą są także wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania, w tym także rozgłośnie oraz tele i radiowęzły zakładowe, upowszechniające publikacje periodyczne za pomocą druku, wizji, fonii lub innej techniki rozpowszechniania. Prasa obejmuje również zespoły ludzi i osoby zajmujące się działalnością dziennikarską”). Takie rozumienie „prasy” czy „mediów” prowadzi do wniosku, że rynki właściwe byłyby konstruowane w oparciu o kryteria odbiegające od ustanowionych przepisami dla każdego rodzaju koncentracji i miałyby w związku z tym o wiele szerszy zasięg. Zdaniem Rzecznika „prasa drukowana, internet, radio, telewizja) są uznawane przez konsumentów za substytuty”, co prowadziłoby do wyodrębnienia ogólnego rynku mediów, na którym znajdowałyby się różnego rodzaju środki masowego przekazu. Wydaje się, że nie jest znana – nie tylko w Polsce – decyzja antymonopolowa, która przewidywałaby taki rynek właściwy i która uznawałaby np. prasę i Internet za substytuty. Użycie w tym kontekście pojęcia substytucyjności musi oznaczać zupełnie inne jego rozumienie niż przyjmowane w prawie konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że stosowane w prawie konkurencji testy substytucyjności podaży, a przede wszystkim popytu nigdy nie pozwoliłyby na stwierdzenie, że gazeta drukowana i program telewizyjny stanowią produkty/usługi substytucyjne i tym samym znajdują się na tym samym rynku właściwym. Jest oczywiste, że żadna ze stosowanych w prawie konkurencji metod ustalania rozmiaru rynku właściwego przedmiotowo, na czele z testem SSIP, nie pozwala na dojście do takiego wniosku.

- 2.11. Konstatacja tego faktu musi prowadzić do przyjęcia, że w świetle stanowiska przedstawionego w odwołaniu istnieje wiele rynków właściwych w sprawie, które nie są rozdzielne, ale nakładają się na siebie. Inaczej mówiąc, istnieją rynki „klasyczne”, wyznaczone według kryteriów wskazanych w art. 4 pkt 9 u.o.k.k., na których ograniczenia konkurencji są oceniane w kategoriach ekonomicznych i rynki zupełnie innego rodzaju, gdzie substytucyjność nie ma ekonomicznego charakteru, ale jakiś inny i na których także sama „konkurencja” jest rozumiana inaczej. Taki dualizm ocen nie ma jednak żadnej podstawy normatywnej i całkowicie podważa sens analizy antymonopolowej.

- 2.12. Powyższe pozwala dostrzec, że podjęta przez Rzecznika próba wpisania kategorii takich jak „pluralizm” w pojęcie „konkurencji”, której ograniczenie bada się w decyzjach koncentracyjnych nie jest możliwe przy zachowaniu metodologii prawa antymonopolowego. Inaczej mówiąc, nie jest możliwe, posługując się siatką pojęciową ustawy, skonstruowanie rynków, na których konkurencja miałaby być ograniczana w inny niż ekonomiczny sposób.
- 2.13. Z tego też względu niemożliwa do przyjęcia jest sugestia, zgodnie z którą Prezes Urzędu oceniając ograniczenie konkurencji na gruncie art. 18-20 u.o.k.k. może badać różne „aspekty” takiej konkurencji, w tym aspekt pluralizmu mediów, nie mając do tego wyraźnej podstawy. Innymi słowy, złudzeniem jest przekonanie, że istnieją różne, antymonopolowo relewantne, „konkurencje”, których istota zależy od specyfiki danego rynku. Oczywiście konkurencja w wymiarze ekonomicznym na różnych rynkach przedstawiać się będzie w różny sposób, jednak nadal będzie to ten sam model konkurencji, który opiera się na analogicznych ogólnych założeniach. Tym samym stwierdzić należy, że nie jest możliwe uwzględnienie aspektów, których brak zbadania zarzuca Prezesowi UOKiK Rzecznik w pojęciu/definicji konkurencji, która funkcjonuje w u.o.k.k.
- 2.14. Jakkolwiek nie wydaje się, by powyższe twierdzenie było szczególnie kontrowersyjne, można wskazać, że nie istnieje żaden normatywnie przekonujący powód, który pozwalałby przyjąć, że jeśli „konkurencja” ma w sobie zawierać także inne aspekty czy elementy, takie jak zapewnienie pluralizmu, to aspekty te miałyby być ograniczone do wolności prasy (art. 14 Konstytucji RP), nawet jeśli ta ostatnia jest, jak wskazuje Rzecznik, szczególnie ważna. Np. zgodnie z art. 24 Konstytucji RP, który znajduje się w tym samym rozdziale co art. 14, „Praca znajduje się pod ochroną Rzeczypospolitej Polskiej. Państwo sprawuje nadzór nad warunkami wykonywania pracy.” Czy w związku z tym na potrzeby badania koncentracji istnieje szczególna „konkurencja rynku pracy” i czy Prezes UOKiK może zakazać koncentracji, opierając się na takich podstawach ?
- 2.15. Włączanie dodatkowych warstw i aspektów do pojęcia „konkurencji” na gruncie art. 18-20 u.o.k.k. nie jest także możliwe bez przyjęcia, iż te dodatkowe aspekty nie byłyby uwzględniane wszędzie tam, gdzie pojęcie „konkurencja” w ustawie się pojawia. Nie ma przecież żadnego uzasadnienia by przyjmować odmienne znaczenie tego terminu na potrzeby koncentracji, a odmiennego we wszystkich pozostałych przypadkach (dla uniknięcia nieporozumienia: oczywistym jest, że ograniczenie konkurencji na skutek koncentracji jest badane w określony sposób i z wykorzystaniem określonej metodologii, która nie jest np. stosowana w takim wymiarze w sprawach praktyk antykonkurencyjnych). Tytułem przykładu, jeśli konkurencja na rynku mediów ma zawsze zawierać element pluralizmu, to można byłoby twierdzić, że umowa między przedsiębiorcami, której skutkiem byłoby ograniczenie owego pluralizmu, byłaby porozumieniem ograniczającym konkurencję w rozumieniu art. 6 u.o.k.k., co z kolei powodowałoby jej nieważność. Jednostronne działanie przedsiębiorcy dominującego (np. w hipotetycznej sytuacji, w której istniałby nadawca posiadający pozycję dominującą na rynku telewizji naziemnej), zamknięcie jednego kanału czy nawet audycji mogłoby być uznawane za nadużycie pozycji dominującej (ograniczenie

- konkurencji-pluralizmu). Przykłady takie można mnożyć i jakkolwiek argumentacja *ad absurdum* nie powinna być nadużywana, to jednak w tym akurat kontekście pokazuje ona czytelnie do czego prowadziłoby rozumienie „konkurencji” w sposób proponowany przez Rzecznika.
- 2.16. Włączenie aspektów pluralizmu i pokrewnych do pojęcia „konkurencji” zgodnie z koncepcją odwołania powoduje też ogromne problemy na innej płaszczyźnie. Oznacza ono w istocie **przyzwolenie na dowolność ocen ze strony organu antymonopolowego** i opieranie decyzji koncentracyjnych na okolicznościach, dla których nie istnieje oparta o regulacje prawne metodologia. Wiadomym jest, że ocena, czy konkurencja zostanie istotnie ograniczona nie jest nauką ścisłą, a sprawy koncentracyjne rozstrzygane według tradycyjnych antymonopolowych kryteriów są często niezwykle sporne i kontrowersyjne. Niemniej jednak istnieje wówczas przynajmniej zestaw powszechnie akceptowanych ram takiej oceny. Ramy takie nie istnieją dla aspektu pluralizmu, a na pewno nie istnieją w tym zakresie na gruncie polskiego prawa antymonopolowego. Czym tak naprawdę miałyby być bowiem ocena przez Prezesa UOKiK tego elementu, jeśli zostałyby oderwana od czynników ekonomicznych? Według jakich kryteriów miałyby się ona dokonać? Ponieważ takowe nie istnieją, a na pewno nie zostały wyrażone w ustawie, nie istnieje tak naprawdę żaden konkretny punkt odniesienia.
- 2.17. Samo pojęcie pluralizmu czy różnorodności mediów jest wieloznaczne: Na pluralizm można np., patrzeć (*W. Hoffman-Riem, Trends in the Development of Broadcasting Law in Western Europe. European Journal of Communication, 1992, 7(2), s. 147-71* w kontekście (a) różnorodności formatów i przedmiotu (rozrywka, informacja, edukacja, kultura, itp.); (b) różnorodności/pluralizmu treści (różne poglądy) i (c) różnorodności podmiotowej (treści adresowane do różnych grup). Z kolei w opracowaniu pt. *Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach*, przygotowanego dla Komisji Europejskiej pluralizm został podzielony na trzy warstwy normatywne (polityczny, kulturalny, demograficzny) oraz trzy wymiary operacyjne (pluralizm własności mediów, pluralizm typów i rodzajów mediów). Oczywiście w rozmaitych opracowaniach na ten temat można znaleźć także inne klasyfikacje.
- 2.18. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie posiada kompetencji, także merytorycznych, by dokonywać ocen wpływu koncentracji na różnie kształtowane modele pluralizmu. Nie ma on **żadnego aparatu badawczego, który mógłby być np. stosowany dla badania różnorodności opinii, reprezentatywności opinii, rozdzielenia tych opinii na polityczne, społeczne i kulturalne, itp.** Badanie „pluralizmu” w taki sposób kończyłoby się albo całkowitą fikcją albo całkowitą dowolnością.
- 2.19. W odwołaniu w sposób nieuprawniony kreowane jest jednak wrażenie, jakoby ocena aspektu pluralizmu mediów w związku z koncentracjami stanowiła niemal powszechną praktykę, zwłaszcza w innych państwach członkowskich UE, i jakoby była tam uwzględniana właśnie w ramach pojęcia konkurencji. Rzeczywistość przedstawia się zgoła odmiennie. Prawdą jest, że niektóre państwa posiadają **szczególne regulacje**

dotyczące koncentracji na rynku mediów. Regulacje te są jednak wynikiem wprowadzenia **wyraźnych przepisów** do obowiązujących w tych państwach ustaw i polegają najczęściej na wprowadzeniu *explicite* dodatkowych lub zupełnie innych kryteriów badania. Najogólniej można powiedzieć, że rozwiązania te pozwalają na wydanie decyzji odmownej w przypadkach, w których „ogólne” kryteria oceny koncentracji nie umożliwiałyby uznania, iż doprowadzi ona do istotnego ograniczenia konkurencji, a zwłaszcza powstania pozycji dominującej, przy czym z reguły właściwe są w tym zakresie inne organy.

- 2.20. Art. 21 ust. 4 Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw stanowi, że *„Nie naruszając ust. 1 i 2, Państwa Członkowskie mogą podjąć właściwe środki w celu ochrony uzasadnionych interesów innych niż te, które brane są pod uwagę w niniejszym rozporządzeniu, oraz są zgodne z ogólnymi zasadami i innymi przepisami prawa wspólnotowego.*

Bezpieczeństwo publiczne, pluralizm środków przekazu oraz zasady ostrożnościowe uważa się za uzasadnione interesy w rozumieniu akapitu pierwszego.

Każdy inny rodzaj interesu publicznego musi zostać zgłoszony Komisji przez zainteresowane Państwo Członkowskie i jest uznawany przez Komisję po ocenie jego zgodności z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa wspólnotowego, zanim mogą zostać podjęte środki określone powyżej. Komisja powiadamia zainteresowane Państwo Członkowskie o swojej decyzji w ciągu 25 dni roboczych od dnia tego zgłoszenia.”

- 2.21. Przepis ten, wbrew temu, jak został przedstawiony w odwołaniu, nie stanowi podstawy prawnej do dokonywania oceny koncentracji w oparciu o kryterium pluralizmu mediów, a jedynie zezwala Państwom członkowskich na ustanowienie dodatkowych ograniczeń koncentracji, które, co należy z naciskiem podkreślić, mają na celu ochronę **„uzasadnionych interesów innych niż te, które brane są pod uwagę w niniejszym rozporządzeniu”**. Jednym z tych interesów jest zgodnie z akapitem drugim **„pluralizm środków przekazu”**. Nie można tego zdania rozumieć inaczej, aniżeli potwierdzenie, że rozporządzenie dotyczące kontroli koncentracji nie daje podstaw do ocen koncentracji w kontekście pluralizmu mediów, a **pluralizm jest „innym interesem” niż konkurencja**. Warto przy tym wskazać, że zawarta w art. 2 Rozporządzenia 139/2004 regulacja kryteriów oceny koncentracji, na jakim opierać winna się Komisja Europejska jest bardziej rozbudowana niż regulacja polska. Przepis ten przewiduje, że koncentracje są oceniane przez pryzmat tego, czy są zgodne czy nie ze wspólnym rynkiem, a dokonujące tej oceny Komisja uwzględnia:

„a) potrzebę zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na wspólnym rynku, z punktu widzenia między innymi struktury wszystkich danych rynków oraz rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji ze strony przedsiębiorstw zlokalizowanych we Wspólnocie lub poza nią;

b) pozycję rynkową zainteresowanych przedsiębiorstw oraz ich siłę ekonomiczną i finansową, możliwości dostępne dla dostawców i użytkowników, ich dostęp do

zaopatrzenia lub rynków, wszelkie prawne lub inne bariery wejścia na rynek, trendy podaży i popytu w stosunku do właściwych dóbr i usług, interesy konsumentów pośrednich i końcowych oraz rozwój postępu technicznego i gospodarczego, pod warunkiem że dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji."

- 2.22. Zestawiając treść art. 21 ust. 4 i art. 2 Rozporządzenia 139/2004 nie można dojść do innego wniosku, jak ten, że pojęcie konkurencji na gruncie Rozporządzenia, stanowiące fundament dla badania zgodności koncentracji ze wspólnym rynkiem, nie obejmuje „pluralizmu środków przekazu”. Konkluzja ta jest normatywnie oczywista – skoro kryterium oceny stanowi wpływ na konkurencję, a pluralizm mediów został określony jako interes inny niż te, które na gruncie Rozporządzenia są brane pod uwagę, jakikolwiek odmienny wniosek, niezależnie od tego czy uważa się go za *de lege ferenda* za celowy czy nie, byłby niedopuszczalny.
- 2.23. Dobitym wyrazem tej konkluzji jest fragment uzasadnienia decyzji Komisji Europejskiej w sprawie Case COMP/M.5932 — News Corp/BSkyB. W decyzji tej Komisja wskazała m.in. co następuje (pkt. 307 i n. tłumaczenie własne)¹:

„Cele i uwarunkowania prawne dla oceny konkurencyjnej i oceny z perspektywy pluralizmu mediów są bardzo różne. Przy kontroli koncentracji nacisk położony jest na to czy występuje „istotne ograniczenie skutecznej konkurencji”, włączając w to zdolność połączonego podmiotu do podniesienia cen z zyskiem na zdefiniowanych rynkach właściwych po fuzji. Dla porównania, ocena z punktu widzenia pluralizmu mediów odzwierciedla kluczową rolę, jaką media odgrywają w systemie demokratycznym i patrzy na szersze obawy czy liczba, zasięg i różnorodność osób kontrolujących przedsiębiorstwa medialne będzie wystarczająca. Ocena z punktu widzenia pluralizmu mediów ma również inny zakres i skupia się na zagadnieniach wykraczających poza ocenę konkurencyjną.

- 2.24. W sprawie tej ocena w kontekście pluralizmu mediów dokonana została przez brytyjski organ krajowy w oparciu o kryteria wskazane wyraźnie w sekcji 58 ustawy „Enterprise Act 2002.” Żadne takie lub podobne rozwiązanie nie istnieje na gruncie polskiego prawa. Dlatego za nieuzasadnione należy także uznać przywołanie przez Rzecznika motywu 36 rozporządzenie Rady Nr 139/2004, zgodnie z którym „Wspólnota szanuje prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w szczególności w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Odpowiednio niniejsze rozporządzenie powinno być interpretowane i stosowane z uwzględnieniem tych praw i zasad”. Istnieje zasadnicza różnica między interpretacją postanowień Rozporządzenia w sposób uwzględniający

¹ 307. The purpose and legal frameworks for competition assessments and media plurality assessments are very different. The focus in merger control is whether there is a "significant impediment to effective competition", including the ability of the merged entity to profitably increase prices on defined antitrust markets post-merger. By contrast, a media plurality review reflects the crucial role media plays in a democracy, and looks at wider concerns about whether the number, range and variety of persons with control of media enterprises will be sufficient.

308. The media plurality review has also a different scope and focuses on issues going beyond a competition assessment.

te wartości (jest to np. istotne w kontekście proceduralnych gwarancji uczestników koncentracji) a zastąpieniem jednolicie rozumianego pojęcia konkurencji amalgamatem różnego rodzaju praw podstawowych.

- 2.25. Nie jest również prawdą by z przytoczonej przez Rzecznika pracy S. Dudzika, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Oficyna 2010, wynikało, iż obowiązkiem państw członkowskich jest zapewnienie (w oparciu o art. 21 ust. 4 Rozporządzenia) pluralizmu mediów z zastosowaniem instrumentów prawa konkurencji. S. Dudzik wyraźnie pisze, że: (pkt 65) *„jak zaznacza przy tym Komisja w dokumencie roboczym "Media pluralism in the Member States of the European Union" z 2007 r., europejskie prawo konkurencji nie może zastąpić (nie ma również takiego zamiaru) krajowych systemów kontroli koncentracji mediów zapewniających pluralizm medialny. W tym właśnie celu art. 21 ust. 4 rozporządzenia zezwala państwom członkowskim na stosowanie dodatkowych procedur kontrolnych w tym zakresie. Przepisy krajowe państw członkowskich chroniące pluralizm w mediach różnią się przy tym istotnie między sobą (nie we wszystkich państwach takie regulacje w ogóle występują). W Polsce koncesja na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych może zostać cofnięta przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji w przypadku, gdy rozpowszechnianie programu powoduje osiągnięcie przez nadawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym rynku właściwym w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, a także gdy nastąpi przejęcie bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad działalnością nadawcy przez inną osobę. Analogiczne przesłanki wyłączają możliwość przejścia uprawnień wynikających z koncesji na inny podmiot w przypadku łączenia, podziału albo innego rodzaju przekształceń spółek handlowych. Osiągnięcie przez wnioskodawcę pozycji dominującej w dziedzinie środków masowego przekazu na danym terenie jest również przesłanką odmowy udzielenia takiej koncesji.”*

Z fragmentu tego wystarczająco wyraźnie wynika, że **musiałoby tu chodzić o szczególne regulacje oparte na innych kryteriach niż ograniczenie konkurencji, których w Polsce w zakresie istotnym dla niniejszej sprawy po prostu nie ma.** Autor ten co więcej dodaje: **„Unijna kontrola koncentracji nie służy przy tym zabezpieczeniu wszelkich możliwych aspektów interesu publicznego, który może zostać naruszony w wyniku koncentracji. Jej celem jest ochrona skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym (por. art. 2 rozporządzenia), co nie wyłącza jednak dalej idących środków, w tym chroniących pluralizm środków przekazu, stosowanych zarówno na szczeblu unijnym (np. dyrektywa "telewizja bez granic"), jak i krajowym (w oparciu o art. 21 ust. 4 rozporządzenia).”** [podkreślenie dodane]

- 2.26. Uzupełniając, wskazać można, że ani Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE C z 2004 r. Nr 31, s. 5), ani Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. C UE z 2008 r. Nr 265, s. 6) nie zawierają żadnych sugestii, by badanie koncentracji miało wykraczać poza badanie jej skutków dla konkurencji i obejmować zagadnienie pluralizmu mediów.

- 2.27. Stanowisko to pozostaje w pełni aktualne. Jak wskazano w publikacji „*Media pluralism and competition issues*” (European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2020, s. 22)²: *“Chociaż celem polityki konkurencyjnej UE nie jest bezpośrednio tworzenie pluralizmu w mediach, oddziałuje ona na tę sferę pośrednio. Nie jest ona nakierowana na media w ich roli jako dóbr kultury, ale jako aktywa ekonomiczne; innymi słowy ich udział w transakcjach gospodarczych na rynku wewnętrznym w taki sam sposób jak innych przedsiębiorców. Nie obejmuje to regulacji konkurencji dziennikarskiej.”* [podkreślenie dodane].
- 2.28. Krajowe regulacje odnoszące się do zagadnienia pluralizmu mediów z reguły określają szczegółowo, jakie środki i mechanizmy są stosowane w celu zagwarantowania pluralizmu mediów, w tym określają progi udziałowe oraz inne warunki, jakie muszą spełnić przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracjach medialnych. Np. we Włoszech jest to parametr udziału we wpływach reklamowych na szczególnie określonym (według innych niż konkurencyjne kryteriów) rynku (*Sistema integrato delle comunicazioni, SIC*). Według wiedzy PKN ORLEN w żadnym z państw UE zadanie to nie jest realizowane przez organ antymonopolowy za pomocą zastosowania „zwykłych” narzędzi tej dziedziny prawa. Opracowywane są szczególne metodologie oceny tego parametru (np. Ofcom’s Framework for Measurement of Media Plurality). Co więcej, zadanie zapewnienia pluralizmu powierzane jest wyspecjalizowanym organom, które mogą mu sprostać (np. *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich*). Prawo polskie nie zawiera porównywalnych mechanizmów (por. „*Media pluralism and competition issues*” (European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2020, s. 88)). Stan ten można różnie oceniać, także krytycznie. Jednak twierdzenie, iż można mu zaradzić (jeśli uważa się to za celowe) przez prosty zabieg włączenia do tego typu analiz organu antymonopolowego, bez wyposażenia go w szczególne narzędzia, wydaje się całkowicie chybione i wręcz niebezpieczne. Jest to w istocie zachęta dla organu państwa do wykroczenia poza swoje kompetencje i opierania swoich decyzji na przesłankach znajdujących się całkowicie obok ustawy, która stanowi podstawę ich działania.
- 2.29. Dodatkowym normatywnym argumentem potwierdzającym, że pojęcie „konkurencji” nie obejmuje wszystkich konstytucyjnie chronionych interesów są przypadki, w których ustawodawca wprowadza dodatkowe, szczególne kompetencje Prezesa UOKiK pozwalające mu na interwencję mimo braku spełnienia przesłanki ograniczenia konkurencji. Regulacją taką jest ustawa z 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 2145), w której wprowadzono dodatkowe uprawnienia Prezesa UOKiK w zakresie ochrony polskich przedsiębiorstw, których przedmiot działalności jest ważny dla porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Uprawnienia te pozwalają wyrazić sprzeciw wobec

² Although the aim of EU competition policy is not directly to create pluralism in the media, it affects this area at least indirectly. It is not aimed at the media in their function as a cultural asset but as an economic asset, in other words their involvement in economic transactions in the internal market in the same way as all other businesses. This does not involve regulation of journalistic competition. Nonetheless, the influence of competition law on the shaping of the media landscape should not be underestimated, since properly functioning free competition in the internal market is an important factor in ensuring media pluralism in the sense of a dualism of market power and the control of power over opinion-forming.

przejęcia kontroli, a nawet osiągnięcia tzw. istotnego uczestnictwa w takim podmiocie. Mimo że wartości takie jak bezpieczeństwo i zdrowie publiczne także mają wymiar konstytucyjny, dla ustawodawcy nie ulegało wątpliwości, iż nie jest wystarczające porzucenie na mechanizmie kontroli koncentracji, ale konieczne jest wprowadzenie odrębnych przepisów, przewidujących inne niż ograniczenie konkurencji kryteria badania.

- 2.30. Dlatego też zarzut, iż Prezes Urzędu nie wziął pod uwagę Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 25 września 2008 r. w sprawie koncentracji i pluralizmu mediów w Unii Europejskiej (2007/2253(INI)), niezależnie od tego, iż chodzi o akt o charakterze niewiążącym, który nie stanowi źródła prawa, jest nieprawidłowo adresowany. Adresatem takiego zarzutu mógłby być co najwyżej ustawodawca, który w Polsce nie przyjął szczególnych regulacji pozwalających na analizę koncentracji medialnych według innych zasad, szczególnych dla tej działalności.
- 2.31. Odnosząc się zatem do zarzutu Rzecznika, iż organ nieprawidłowo uznał, że „*poza właściwością organu antymonopolowego pozostaje więc materia monopolii informacyjnych budowanych za pomocą transakcji handlowych, w efekcie realizacji których może dojść do ograniczenia wolności wypowiedzi i prawa do rzetelnej informacji*” wskazać należy, że, co się powszechnie podkreśla, prawo konkurencji może w pewnym zakresie przeciwdziałać powstawaniu takich zagrożeń, ale tylko wtedy, gdy pozwala na to instrumentarium, którym dysponuje. W pozostałym zakresie konieczne byłyby dodatkowe uregulowania i podstawy, na które polski organ w ich braku nie mógł się powołać.
- 2.32. Z powyższych uwag wynika, że nie istnieje prawnie przekonująca argumentacja, która pozwoliłaby przyjąć, iż zagadnienie pluralizmu mediów znajduje się w zakresie pojęcia konkurencji badanej przez Prezesa UOKiK w związku ze zgłoszeniami koncentracji.
- 2.33. Drugim sposobem wprowadzenia wartości takich jak wolność wypowiedzi lub pluralizm mediów do kontroli koncentracji mógłby mieć wymiar zewnętrzny. O ile opisana wyżej, a podjęta w odwołaniu próba opiera się na niemożliwej do przeprowadzenia integracji tych wartości z pojęciem konkurencji, takim jak jest ono rozumiane w ustawie antymonopolowej, inne fragmenty odwołania wskazują, że zdaniem Rzecznika miałyby to być możliwe dzięki **bezpośredniemu stosowaniu Konstytucji**. Wydaje się, iż echa takich poglądów znajdują się także w tej części argumentacji, w której Rzecznik zdaje się twierdzić, że nabycie kontroli nad przedsiębiorcą z branży medialnej przez spółkę z udziałem Skarbu Państwa jest „niekonstytucyjne” ponieważ narusza art., 20 Konstytucji (zasadę społecznej gospodarki rynkowej). Problem bezpośredniego stosowania Konstytucji ma niewątpliwie złożony charakter, jednak na potrzeby niniejszej sprawy jego pełna analiza nie jest ani możliwa, ani celowa.
- 2.34. Ponownie zwrócić trzeba uwagę, że w związku z wydawaniem konkretnej decyzji w konkretnej sprawie konieczne jest przełożenie zagadnień abstrakcyjnych na realia konkretnej sprawy. Ostatecznie zatem pytanie jakie trzeba w tym kontekście zadać jest następujące: czy Prezes UOKiK może zakazać dokonania koncentracji, w wyniku której konkurencja nie zostanie ograniczona (konkurencja rozumiana w sposób, jaki

obowiązuje na gruncie prawa antymonopolowego), dlatego, że jego zdaniem naruszałaby ona zasadę pluralizmu mediów, godziła w wolność wypowiedzi, względnie nie dałaby się pogodzić z ramami społecznej gospodarki rynkowej. Pozytywna odpowiedź na tak zadane pytanie miałaby ogromne konsekwencje, zdecydowanie wykraczające poza ramy niniejszego postępowania, a nawet wykraczające poza zakres działania Prezesa UOKiK. Nie byłoby bowiem przecież żadnego powodu by twierdzić, że tylko organ antymonopolowy jest szczególnie związany normami konstytucyjnymi, a inne organy administracji nie mają takich obowiązków. Ostatecznie zatem **prowadziłoby to do wniosku, że każdy organ administracji może wydać niekorzystną dla strony decyzję mimo spełnienia przez nią wszystkich określonych w ustawie warunków.** Rodziłoby to nie tylko oczywiste zagrożenia dla pewności prawa, ale ostatecznie podważałoby podstawową zasadę stanowiącą jedną z najważniejszych gwarancji dla obywatela w relacjach z władzą publiczną, tj. zasadę, iż organ może działać jedynie na podstawie i w granicach prawa.

- 2.35. Podkreślić raz jeszcze należy, że postulowane przez Rzecznika stanowisko znajdowałoby zastosowanie ogólne i oznaczałoby, że organ (Prezes Urzędu) uzyskiwałby dodatkowe podstawy do wydania decyzji odmownej dla przedsiębiorcy zgłaszającego koncentrację, a zatem do ograniczenia praw konkretnego podmiotu (jego wolności gospodarczej). W sprawach koncentracyjnych jest to szczególnie groźne, ponieważ z gospodarczego punktu widzenia realizacja koncentracji musi często nastąpić w określonym okresie. Przyznanie organowi niejasnych kompetencji pozwalających mu odmówić wyrażenia zgody z uwagi na różne wartości konstytucyjnie chronione mimo braku wykazania ograniczenia konkurencji sprawia, że przedsiębiorca nie będzie mógł jej dokonać do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia jego odwołania, co z reguły trwa lata.
- 2.36. Podobnie jak w przypadku pierwszego nurtu argumentacji odwołania, z jego treści nie wynika jasno, jaki model bezpośredniości stosowania Konstytucji miałby być w niniejszej sprawie wykorzystany. Jak się jednak wydaje mając na uwadze uzasadnienie odwołania, byłby to stan przypominający tzw. „**pominięcie ustawodawcze**” (por. M.Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, § 43 pkt 12). Kwalifikacja ta wynika stąd, że w świetle stanowiska Rzecznika regulacja u.o.k.k byłaby *niewystarczająca* z punktu widzenia praw i wartości konstytucyjnych. Ma to być zatem „*unormowanie niepełne, tzn. takie, które z punktu widzenia norm konstytucyjnych cechuje zbyt wąski zakres zastosowania bądź też które z uwagi na przedmiot oraz cel regulacji pomija treści dla niej istotne*” (M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie*, op. cit.). W konsekwencji, art. 18-20 u.o.k.k. byłyby niekonstytucyjne nie dlatego, że sprzeczne z Konstytucją jest badanie wpływu koncentracji na konkurencję ekonomicznie rozumianą, ale dlatego, że oprócz badania konkurencji przepisy te winny przewidywać także ocenę wpływu koncentracji na pluralizm mediów. Nawet gdyby tak miało być (z czym z wyjaśnionych powodów trudno się zgodzić), skutkiem takiej konkluzji byłoby „*jedynie zobowiązanie ustawodawcy do dokonania odpowiednich zmian*” (M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie*, op. cit.). Mimo że takie stanowisko dominuje także wśród zwolenników możliwe szerokiego stosowania Konstytucji, godzi się nadmienić, że nawet gdyby jednak przyjąć (mimo wszystkich wyżej przedstawionych zastrzeżeń), że „luka” winna

być uzupełniona, nadal pozostawałby problem polegający na tym, że wskazane przez Rzecznika wzorce nie nadają się do bezpośredniego stosowania. Tymczasem jak wskazał SN w wyroku z 3 września 2003 r., II CKN 425/01 przepisy Konstytucji mogą stanowić podstawę orzekania zupełnie wyjątkowo, w tych szczególnych sytuacjach, w których w ustawach zwykłych brak jest uregulowań odnoszących się do pewnego stanu faktycznego, a (wyr. SN z 8 stycznia 2009 r. I CSK 482/08), norma konstytucyjna może stanowić podstawę prawną, **jeżeli jest skonkretyzowana w stopniu pozwalającym na samoistne jej zastosowanie**, przy czym SN wskazał, że normy konstytucyjne o takim stopniu konkretyzacji są rzadkie. Warto również zwrócić uwagę na wyrok NSA z 15 czerwca 2012 r., II GSK 1511/11, w którym sąd ten przyjął, iż: *„Przepisy Konstytucji RP nie są i być nie mogą samodzielną podstawą rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy w postępowaniu administracyjnym i przed sądami administracyjnymi. (...) Przepis Konstytucji nie może sam w sobie stanowić podstawy prawnej decyzji administracyjnej”*.

- 2.37. W celu przybliżenia jak nienadające się do bezpośredniego stosowania są wskazane przez RPO przepisy można przytoczyć przykład art. 20 Konstytucji RP. Gdyby przyjąć stanowisko przedstawione w odwołaniu i doprowadzić je do logicznego końca, zasada społecznej gospodarki rynkowej miałyby oznaczać, iż każda transakcja, w której spółka z udziałem Skarbu Państwa przejmuje kontrolę nad przedsiębiorcą, który znajduje się w rękach prywatnych powodowałaby stan „niekonstytucyjny”. Gdyby taki, wydaje się jednak nie do przyjęcia wniosek odrzucić, konieczne byłoby ustalenie, według jakich kryteriów dana transakcja byłaby jednak zgodna lub niezgodna z modelem społecznej gospodarki rynkowej. Oparcie się w tym zakresie na art. 20 Konstytucji RP byłoby dalece niewystarczające.
- 2.38. Jak zatem widać, także druga próba „wprowadzenia” wzorców konstytucyjnych mających uzasadnić badanie koncentracji w kontekście pluralizmu mediów musi skończyć się niepowodzeniem.

3. Zagadnienie pluralizmu – rola Skarbu Państwa

- 3.1. Ustalenie, jak konkretnie miałby być oceniany przez Prezesa UOKiK stopień pluralizmu mediów, jest niewątpliwie trudne. W odwołaniu – o czym będzie jeszcze mowa – nie przedstawiono w tym zakresie w zasadzie żadnych dowodów, przytaczając jedynie stanowisko RPO. Rzecznik podnosi jednak argument, który można opisać w następujący sposób: PKN ORLEN jest spółką z udziałem Skarbu Państwa, na którego działalność Skarb Państwa wywiera wpływ. Tym samym uzyskaną na rynkach medialnych pozycję PKN ORLEN należy zestawić z pozycją już posiadaną przez Państwo dzięki publicznym nadawcom radiowym i telewizyjnym. Niezależnie od tego, iż odwołanie w tym zakresie poprzestaje na podaniu publicznie dostępnych informacji i nie przedstawia żadnej szczegółowej analizy co z powyższego wynika dla stanu pluralizmu, przedstawiona w nim konstrukcja oparta jest na oczywistej sprzeczności.
- 3.2. Działanie prawa konkurencji nie obejmuje Skarbu Państwa jako takiego, ponieważ nie jest on w rozumieniu ustawy przedsiębiorcą. Istnienie mediów publicznych nie może być zatem kwestionowane przy pomocy prawa antymonopolowego. Gdyby z jakiś

względów Skarb Państwa chciał zacząć wydawać prasę, prawo konkurencji nie mogłoby stanowić po temu przeszkody.

- 3.3. Konieczność wystąpienia przez PKN ORLEN do Prezesa UOKiK o zgodę na przejęcie Polska Press wynikała właśnie z tego powodu, że jako przedsiębiorca z jedynie udziałem Skarbu Państwa PKN ORLEN podlega reżimowi ustawy. **Gdyby zatem dokonać identyfikacji PKN ORLEN ze Skarbem Państwa, transakcja w ogóle nie podlegałaby zgłoszeniu.** Tym samym nie można logicznie przyjąć, że dochodzi do zagrożenia pluralizmu dlatego, że państwo jest obecne na rynkach medialnych za pomocą nadawców publicznych.
- 3.4. Inaczej mówiąc, gdyby identyfikacja PKN ORLEN z państwem miała być prawdą, prawo konkurencji w ogóle nie znajdowałoby do spółki zastosowania, Skoro znajduje zastosowanie, to nie można następnie twierdzić, że, stosując terminologię prawa konkurencji, jest ona łącznie z podmiotami takimi jak PAP lub publiczni nadawcy radiowi i telewizyjni „jednym organizmem gospodarczym”. Jeszcze raz wskazać trzeba, że gdyby tak było, nie istniałyby prawne podstawy do oceny przedmiotowej koncentracji.

4. Zagadnienie pluralizmu – stan rzeczywisty

- 4.1. Jak wynika z powyższych uwag zagadnienie pluralizmu mediów nie mogło być brane pod uwagę przez Prezesa UOKiK w związku z oceną koncentracji; nie ma także podstaw do przyjęcia, iż nawet gdyby miało ono być brane pod uwagę, jego naruszenie wynikałoby już samego faktu, iż PKN ORLEN jest spółką z udziałem Skarbu Państwa. W takim jednak razie, jeśli to zagadnienie miałyby być w ogóle badane, konieczne byłoby wskazanie według jakich kryteriów winno ono być zostać zbadane przez Prezesa UOKiK a także dlaczego (i z jakich dowodów to wynika) kryteria te nie zostały spełnione.
- 4.2. Przypomnieć należy, że odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK jest konstrukcyjnie pozwem i to co więcej pozwem w sprawie gospodarczej. Wnoszący odwołanie nie może się ograniczyć do wskazania jego zdaniem nieprawidłowego zachowania organu, ale musi wykazać (i wypełnić obowiązki dowodowe) dlaczego jego żądanie jest zasadne. W niniejszej sprawie wymagane byłoby zatem udowodnienie przed sądem, dlaczego badana koncentracja miałaby doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na rynkach właściwych, a jeśli dowody na te okoliczność nie znajdują się w aktach postępowania administracyjnego, przedstawienie odpowiednich wniosków dowodowych. Jak wskazano, nie istnieje podstawa normatywna, która zwalniałaby Rzecznika z tych obowiązków procesowych.
- 4.3. Odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK nie może się opierać na zarzucie naruszenia art. 7 i 77 k.p.a. Pierwszoinstancyjny charakter postępowania sądowego sprawia, iż jeśli nawet określone zagadnienia nie zostałyby wystarczająco zbadane w toku postępowania przed Prezesem UOKiK, winny one być zbadane w postępowaniu sądowym.

- 4.4. Wniesione w niniejszej sprawie odwołanie założeń tych nie spełnia. Odwołanie wyraża jedynie przekonanie wnoszącego je organu, iż określone kwestie nie zostały zbadane, nie wskazuje jednak w istocie, jak miałyby być badane, w oparciu o jakie kryteria i jakie dowody.
- 4.5. Mimo że pluralizm mediów nie jest określeniem jednoznacznym, można założyć, że sama zmiana właściciela – podmiotu kontrolującego wydawcę prasy regionalnej – nie jest wystarczająca dla wykazania, iż doszło do naruszenia pluralizmu. Pluralizm nie polega bowiem na wyrażaniu konkretnych poglądów czy stanowisk. Przejęcie jednego przedsiębiorcy przez drugiego, których zakresy działalności horyzontalnie nie pokrywały się, nie prowadzi także do zmniejszenia się liczby podmiotów działających na rynkach prasy regionalnej. Jest też powszechnie wiadomym, że sam aspekt własnościowy nie determinuje wszystkich treści, jakie pojawiają się w mediach. Nawet zatem (czemu PKN ORLEN się sprzeciwia), gdyby wskazane zagadnienie miało zostać uwzględnione w ramach analizy antymonopolowej, konieczne byłoby określenie co i w jakim zakresie miałyby być oceniane.
- 4.6. W odwołaniu przedstawiono natomiast następujące argumenty zewnętrzne (poza opinią samego Rzecznika) na rzecz zachwiania pluralizmu:
- a) Pisma przesłane Rzecznikowi przez różne organizacje społeczne, takie jak Helsińska Fundacja Praw Człowieka;
 - b) Powołanie się (za pośrednictwem pisma ww. Fundacji) na raport „Monitor Pluralizmu Mediów (2020)”;
 - c) Powołanie się na „*publiczne badania i analizy wskazujące ogromny wpływ reklam finansowanych ze środków Skarbu Państwa bądź kontrolowanych właścicielsko przez Skarb Państwa podmiotów media (prasę) i ich funkcjonowanie*”;
 - d) Powołanie się na dane dotyczące wolności prasy (World Press Freedom Index) przedstawiane corocznie przez organizację „Reporterzy bez granic”.
- 4.7. Żaden z tych argumentów nie ma charakteru procesowo wystarczającego dowodu; żaden (poza pierwszym) nie wykazuje także związku bezpośredniego z niniejszym postępowaniem. Żaden wniosek dowodowy nie został w odwołaniu złożony. Argumentacja odwołania w zakresie zagrożeń dla pluralizmu mediów i wolności wypowiedzi ma charakter, który można określić jako publicystyczny. Należy jednak pamiętać, że celem odwołania ma być (zgodnie z jego wnioskiem) absolutnie precedensowe uchylenie decyzji wydającej zgodę na koncentrację i to w oparciu o kryteria w prawie konkurencji niestosowane. Niezależnie od ogólnej niedopuszczalności tego kierunku, wydaje się uzasadnionym oczekiwanie, iż przynajmniej w warstwie dowodowej stawiane zarzuty i przedstawiane twierdzenia będą miały mocne oparcie. Tymczasem sytuacja taka nie ma miejsca. Powtórzyć można, że odwołanie nie przedstawia tak naprawdę żadnych kryteriów oceny koncentracji (które miałyby zostać pominięte), odnoszących się do podnoszonych w nim aspektów wpływu koncentracji na pluralizm mediów i wolność wypowiedzi.

5. Zarzuty dotyczące rynku właściwego i zarzuty proceduralne

- 5.1. Uzasadnienie odwołania zawiera kilka zarzutów dotyczących nieprawidłowego wyznaczenia przez Prezesa Urzędu rynków właściwych w postępowaniu koncentracyjnym. Jakkolwiek wydają się one powiązane z motywem przewodnim odwołania, którym jest wprowadzenie do analizy antymonopolowej koncentracji zagadnień związanych z wolnością słowa i pluralizmem mediów, zasadne wydaje się także spojrzenie na nie od strony zgodności z przepisami u.o.k.k.
- 5.2. Pierwszy z tych zarzutów polega na tym, że analiza rynków właściwych przez Prezesa UOKiK miała zostać dokonana w oparciu o definicje zawarte w § 2 pkt 3-5 rozporządzenia Rady Ministrów z 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji (Dz. U. z 2018 r. poz. 367). Rzecznik wskazuje, że *„Rada Ministrów owe rozumienia rynków, na których koncentracja wywiera wpływ w poszczególnych układach, wprowadziła bez podstawy prawnej”*, co ma wynikać z tego, że podstawą wydania aktu wykonawczego był art. 94 ust. 6 u.o.k.k., który zezwala na określenie w akcie wykonawczym szczegółowych warunków jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru koncentracji, w tym wykazu informacji i dokumentów, które powinno ono zawierać. Stanowisko RPO jest niezasadne na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, wskazane rozporządzenie nie wykracza poza zakres delegacji ustawowej. W przypadku koncentracji konieczne jest określenie, jakich informacji, w tym dotyczących jakich rynków, strony muszą udzielić Prezesowi Urzędu. Jeśli regulacja wykonawcza ma mieć jakikolwiek sens, to musi w pewien sposób „upraszczać” i konkretyzować procedurę, tak by dostarczane informacje były rzeczywiście istotne. Przedstawianie przez przedsiębiorców szczegółowych informacji dotyczących rynków, na które dana koncentracja nie może wywrzeć żadnego wpływu stanowiłoby nie tylko zbędne obciążenie dla samych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji, ale byłoby niecelowe także z perspektywy organu antymonopolowego, który musiałby analizować dane nie mające tak naprawdę znaczenia. Ponieważ ocena koncentracji w prawie konkurencji ma długą tradycję, możemy dziś wyróżniać poszczególne rodzaje koncentracji, w tym możemy przyjmować, że koncentracje o charakterze horyzontalnym wywierają co do zasady inne skutki niż te o charakterze wertykalnym, a te ostatnie inne niż koncentracje konglomeratowe. Jedną z najbardziej oczywistych wskazówek co do tego, czy koncentracja może mieć negatywny wpływ dla konkurencji jest udział rynkowy stron (po koncentracji). Skoro koncentracje horyzontalne tworzą z reguły największe ryzyko ograniczenia konkurencji, koncentracje wertykalne zaś, a zwłaszcza konglomeratowe, najmniejsze, racjonalnym jest przyjęcie, że progi udziałowe będą w tych przypadkach ustalone na innych poziomach. W rozporządzeniu w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji wskazane progi nie determinują jednak samej analizy antymonopolowej. Są one **użyte dokładnie w takim celu, jaki wprost odpowiada delegacji ustawowej – za ich pomocą określa się, kiedy (dla jakich rynków) zgłaszający winien przedstawić informacje.**
- 5.3. Nie tylko zatem rozporządzenie w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji nie wykracza poza delegację ustawową, ale zarzut Rzecznika jest także niezasadny dlatego, iż z uzasadnienia zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu nie sposób jest wywieść wniosku, by dokonana przez niego analiza pomijała jakiegokolwiek rynki, na

których mogłyby się uwidocznic efekty koncentracji z uwagi na treść rozporządzenia w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji. **W toku postępowania Prezes Urzędu występował do zgłaszającego o udzielenie dodatkowych informacji,** wykraczających poza to co przedstawiono w formularzu WID, które były przez zgłaszającego przekazywane. Ponieważ w odwołaniu nie wskazano jakie kwestie miałyby zostać przez Prezesa UOKiK pominięte (poza kwestią pluralizmu, omówioną powyżej), trudno jest się w tym miejscu do tego odnosić, jednak można bez najmniejszych wątpliwości stwierdzić, że treść i zakres pierwotnie złożonej notyfikacji nie stanowiły jedyne go materiału poddanego ocenie przez organ. Przeciwnie – PKN ORLEN przedstawiał dodatkowe dane i wyjaśnienia, co jednoznacznie świadczy o tym, iż Pozwany ocenił koncentrację rzetelnie, a w tych przypadkach, w których uznał, że informacje i wyjaśnienia przedstawione zgodnie z treścią rozporządzenia nie są wystarczające, żądał ich uzupełnienia.

- 5.4. W odwołaniu RPO twierdzi, iż organ ograniczył postępowanie w zakresie prasy i stron internetowych jako nośników treści jedynie do rynku reklam, co jego zdaniem „oznacza, że organ antymonopolowy uznał, że prasa oraz serwisy internetowe są wyłącznie nośnikami reklam, nie są natomiast nośnikami idei i informacji.” Tymczasem „Poprzez wszystkie wymienione nośniki informacji pasywny uczestnik koncentracji realizuje więc nie tylko funkcję reklamową badaną przez Prezesa UOKiK i stanowiącą część składową znacznie szerzej pojmowanej wolności wypowiedzi, ale przede wszystkim także prawo obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz krytyki i kontroli społecznej.” Zarzut ten nie jest zasady z kilku powodów.
- 5.5. Po pierwsze, nie jest prawdą, i wystarczy w tym celu zapoznać się z uzasadnieniem decyzji, jakoby Prezes UOKiK uznał, że prasa czy serwisy internetowe są wyłącznie nośnikami reklam. W przypadku rynków prasowych, czy też szerzej medialnych, powszechne jest wyodrębnienie rynku samego produktu/usługi i rynku reklamowego. Są one odrębnie badane. W decyzji Prezes Urzędu wielokrotnie wskazywał, że bierny uczestnik koncentracji prowadzi działalność na rynkach wydawania prasy i serwisów internetowych (obok sprzedaży powierzchni reklamowej). Prezes wskazał natomiast – i trafności tego ustalenia nie sposób podważyć – że czynny uczestnik koncentracji nie prowadził działalności na rynkach wydawania prasy czy serwisów informacyjnych, a tym samym brak było w tym zakresie rynku, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym. Rynek reklamy został bliżej omówiony nie dlatego, że jest to jedyny rynek właściwy, ale dlatego, że Prezes UOKiK stwierdził, iż koncentracja może wywrzeć pewien wpływ na te rynki w układzie wertykalnym. Jest to jednak zupełnie inne zagadnienie niż uznanie jakoby prasa czy serwisy internetowe były wyłącznie nośnikami treści reklamowych. Powtórzyć trzeba, że takie twierdzenie nigdzie nie pada w zaskarżonej decyzji.
- 5.6. Jeśli więc RPO stwierdza, że „rynek właściwy w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyznacza nie tylko reklama i dystrybucja prasy, lecz przede wszystkim przeznaczenie prasy, której cechą immanentną jest korzystanie z wolności wypowiedzi, przekazywanie rzetelnych informacji, zapewnienie jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej” to po pierwsze, nieprawidłowo odczytuje treść uzasadnienia decyzji (która nie tylko nie negowała istnienia rynku

prasy, ale wprost podkreślała jego odrębność od rynku sprzedaży powierzchni reklamowej), ale po drugie, już w odniesieniu do rynku prasy *sensu stricto* wprowadza kryteria nieekonomiczne, które nie pozwalają nawet na prawidłowe ustalenie rynków właściwych. „Zapewnienie jawności życia publicznego” nie jest kryterium, które pozwalałoby wyznaczyć rynki przedmiotowo właściwe dla prasy drukowanej czy dla serwisów internetowych.

- 5.7. Jako zarzut powiązany z pojęciem rynków można także kwalifikować zarzut, zgodnie z którym *„Zakres stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa art. 2 tej ustawy. Przepis ten nie zawiera wyłączenia spod zakresu jej stosowania materii regulowanej. Nie ma również odrębnych ustaw (art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), które wyłączałyby ograniczenia dotyczące konkurencji odnoszące się do Prawa prasowego.”* Ponownie stwierdzić trzeba, że **twierdzenie takie w decyzji Prezesa UOKiK nie pada, ani też nie pada w niej jakiegokolwiek twierdzenie o choćby zbliżonym znaczeniu.** Prezes Urzędu w żadnym miejscu nie twierdził, jakoby rynki prasowe były wyłączone z badania wpływu koncentracji na konkurencję. Jeszcze raz przypomnieć trzeba, że rynki prasowe zostały w decyzji wskazane, z tą jednakże konstatacją, że z uwagi na brak udziałów na tych rynkach PKN ORLEN koncentracja nie doprowadzi na nich do ograniczenia konkurencji. Jest to konkluzja w pełni uprawniona, ponieważ sama zmiana właściciela nie prowadzi przecież do zwiększenia udziałów rynkowych. Odwołanie nie przedstawia w tym zakresie żadnej argumentacji mogącej uzasadniać odmienne wnioski. W istocie zatem zarzut ten należy, jak się wydaje, rozumieć w związku z wyżej omówionym zagadnieniem uwzględniania w analizie wpływu koncentracji na konkurencję aspektu pluralizmu mediów. Inaczej mówiąc, RPO nie jest w stanie wskazać na okoliczności, które świadczyłyby o tym, że konkurencja na rynkach lokalnych wydawania prasy byłaby ograniczona w sensie ekonomicznym, uważa natomiast, że rynki te winny być analizowane w oparciu o nieekonomiczne kryteria. Ze stanowiskiem tym nie można się z podanych już wcześniej względów zgodzić.
- 5.8. W odwołaniu Rzecznik stawia także zarzut, iż zgodnie z ustawową definicją rynku właściwego *„poszczególne środki społecznego przekazu ze względu na swoje główne przeznaczenie (realizacja wolności wypowiedzi i prawa do informacji, jawności życia publicznego, kontroli i krytyki społecznej), niezależnie od nośników (prasa drukowana, internet, radio, telewizja) są uznawane przez konsumentów a substytuty w takim znaczeniu, jakie wynika z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Służą one bowiem zaspokojeniu tych samych potrzeb, a więc przede wszystkim potrzeby pozyskania informacji, w tym informacji o sprawach publicznych, realizacji przy pomocy środków społecznego przekazu swoich praw politycznych, takich jak udział w wyborach i referendum”.* Zarzut ten jest oczywiście bezzasadny, ale także, gdyby był zasadny, prowadziłby do wniosków zgoła odmiennych niż wskazywane w odwołaniu. Po pierwsze, stwierdzić trzeba, że z punktu widzenia kryteriów stosowanych na potrzeby wyznaczania rynków relewantnych produktowo i geograficznie twierdzenie o tym, że wszystkie media stanowią tak naprawdę jeden rynek jest rażąco błędne. Wynika ono z metodologicznie nieprawidłowego nałożenia się w argumentacji Rzecznika dwóch niezależnych płaszczyzn. Jak już wskazano wyżej, Rzecznik tworzy równoległe definicje rynku, w których ten sam „produkt” jest postrzegany w oparciu o

inne kryteria. Taki zabieg jest jednak niedopuszczalny. Nie ma absolutnie żadnej możliwości przyjęcia, że dla rynku prasy istnieją dwa rynki właściwe wybierane w zależności od tego, co chcemy na nich oceniać. Według podstawowego kryterium substytucyjności popytu nie może ulegać wątpliwości, że jeden rynek mediów nie istnieje. Radio nie jest substytutem telewizji, a telewizja nie jest substytutem prasy. Więcej, w ramach tych rynków zasadne jest dokonanie dalej idących dystynkcji.

- 5.9. Zarzut podniesiony w odwołaniu jest jednak zaskakujący także dlatego, że **na gruncie prawa konkurencji prowadziłby on do skutku przeciwnego od wynikającego z odwołania**. Na ogólnym rynku mediów (należy rozumieć, mającym wymiar ogólnopolski) udział uczestników koncentracji byłby w każdej możliwej konfiguracji (ilościowej i wartościowej) o wiele niższy niż na rynkach, które ustalił Prezes UOKiK. Tym samym wydanie zgody na koncentrację musiałoby być jeszcze bardziej oczywiste, ponieważ na tak zdefiniowanym, olbrzymim rynku jej wpływ na konkurencję byłby jeszcze mniejszy niż przyjął to Prezes UOKiK na rynkach wężiej zdefiniowanych. Jest okolicznością powszechnie wiadomą, że to strony koncentracji zwykle starają się przedstawić rynek właściwy jak najszerzej, by pomniejszyć swój na nim udział. W odwołaniu tymczasem to RPO, kwestionujący wydanie zgody, postuluje definicję rynku, która byłaby jeszcze bardziej korzystna dla uczestników koncentracji.
- 5.10. Zabieg ten można tłumaczyć tylko w ten sposób, że współgra on z omówioną w poprzednich punktach koncepcją identyfikacji PKN ORLEN ze Skarbem Państwa, a następnie przypisaniu na zasadach właściwych dla jednolitego organizmu gospodarczego państwu dominującej roli na „rynku mediów”. Z analizą antymonopolową zabieg ten nie ma jednak nic wspólnego.
- 5.11. RPO zarzuca Prezesowi Urzędu naruszenie art. 7 k.p.a. i art. 77 k.p.a. stwierdzając, że organ „*nie podjął (...) w ogóle próby wyjaśnienia, jaki wpływ na tą fundamentalną materię, wyrażającą zarówno interes społeczny, jak też słuszny interes obywateli (art. 7 k. p. a.), będzie miała akceptowana przez niego koncentracja, chociaż zgodnie z art. 77 § 1 k. p. a. był obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy w sprawie.*” Warstwa merytoryczna tego zarzutu jest ściśle powiązana z wielokrotnie omówionym już zagadnieniem zakresu kompetencji Prezesa UOKiK – innymi słowy, w braku podstaw do badania okoliczności podnoszonych przez RPO nie dopuścił się on żadnych zarzucalnych zaniechań. Trzeba też wskazać, że odwołanie nie wskazuje żadnych dowodów lub wniosków dowodowych, które miałyby uzupełnić rzekome zaniechania.
- 5.12. Odmowa dopuszczenia przez Prezesa Urzędu do udziału w postępowaniu organizacji społecznych była w pełni prawidłowa. Autonomiczna regulacja uczestnictwa w postępowaniach przed Prezesem Urzędu, w których z istoty rzeczy ujawniane są informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa (por. art. 83 w zw. z art. 94 u.o.k.k.) jest uzasadniona i niezbędna. Przyjęcie przeciwnego poglądu prowadziłoby do ryzyka poważnych nadużyć, umożliwiając w szczególności udział w postępowaniach konkurentom. W świetle tej szczególnej regulacji (która opiera się na zupełnie innej koncepcji „strony” niż ogólne postępowanie administracyjne) okoliczność, że postępowanie przed Prezesem Urzędu ma charakter postępowania administracyjnego

nie wpływa na zasadność zarzutu. W kwestii tego, kto może brać udział w takim postępowaniu regulacja u.o.k.k. wprowadza bowiem wyraźnie i celowo różnice w porównaniu do k.p.a.

- 5.13. Jeśli chodzi o udzielenie RPO dostępu do akt postępowania, należy zgodzić się z Prezesem Urzędu, że postępowania przed Prezesem UOKiK mają z tego punktu widzenia szczególny charakter. Mając jednak na uwadze argumentację podniesioną w odwołaniu można przyjąć, że zakres tego dostępu nie miałby znaczenia dla rozstrzygnięcia. Okoliczności podnoszone przez RPO nie były i nie mogły być badane w toku postępowania przez Prezesem Urzędu i chwila uzyskania oraz zakres dostępu Rzecznika do akt nie mógłby tej okoliczności zmienić.

6. Prawdliwość decyzji. Brak wpływu koncentracji na konkurencję

- 6.1. W odwołaniu znajduje się także zarzut dotyczący nieprawidłowego rozumienia przez Prezesa Urzędu pojęcia koncentracji. Rzecznik wskazuje, że (powołując się na publikację J. Skrzypczaka) „*pojęcie «koncentracja» może być wieloznaczne. Wyjaśnić zatem należy, że wyróżnia się zatem tzw. koncentrację monomedialną zwaną także poziomą, horyzontalną oraz multimedialną (intermedialną pionową). W tym pierwszym przypadku chodzi o zjawisko łączenia mediów z tego samego sektora. Natomiast w drugim - obserwuje się połączenie przedsiębiorstw medialnych działających w różnych sektorach*”.
- 6.2. Zarzut ten nie jest spójny z zarzutem nieprawidłowego wyznaczenia rynku właściwego (który zdaniem Rzecznika miałby obejmować media w ogólności), ponieważ w zaprezentowanym wyżej ujęciu byłoby oczywistym, że koncentracje intermedialne polegają właśnie na tym, że ich uczestnicy działają na różnych rynkach. Można natomiast domniemywać, że zarzut ten jest w tym kontekście zarzutem niewystarczającego zbadania skutków koncentracji. Ponieważ badanie ograniczenia konkurencji w następstwie koncentracji musi dotyczyć rynków właściwych, pojawia się tu ten sam co poprzednio problem. Owe „inne” rynki właściwe (np. radiowe i telewizyjne, prasowe o wymiarze krajowym) nie są rynkami, na których uczestnicy koncentracji prowadzili jakąkolwiek działalność. Wpływ koncentracji na te rynki nie jest więc możliwy do wykazania, niezależnie od tego czy nazwiemy koncentrację intermedialną. Aby móc mówić o wpływie koncentracji na rynek właściwy konieczne staje się więc powrócenie do koncepcji maksymalnie szerokiego rynku mediów, obejmującego wszystkie ich rodzaje, który, o czym była już mowa, jest całkowicie niemożliwy do pogodzenia z zasadami wyznaczania rynków właściwych w prawie konkurencji, w tym jest wprost sprzeczny z definicją rynku właściwego z art. 4 pkt 9 u.o.k.k.
- 6.3. Dla porządku wskazać należy, że w odwołaniu nie tylko nie wykazano, ale nawet nie uprawdopodobniono wpływu koncentracji na inne rynki mediów, na których uczestnicy koncentracji nie działają, a nawet nie wskazano precyzyjnie tych rynków. Mając na uwadze naturę odwołania, a nawet szerzej, naturę każdego kontradiktoryjnego postępowania, PKN ORLEN nie ma podstaw by odnosić się do zarzutów czy dowodów.

które nie zostały postawione lub przedstawione. Jedynie więc z daleko idącej ostrożności można wskazać, że nie jest racjonalnie możliwe do wykazania, iżby oceniana koncentracja mogła wywrzeć wpływ np. na rynki takie jak rynki, na których działają ogólnopolscy nadawcy radiowi i telewizyjni czy też na rynki lokalnych rozgłośni radiowych/stacji telewizyjnych. Na działalność tych podmiotów koncentracja nie wywrze żadnego wpływu – nie ograniczy ona ich swobody ekonomicznej, nie wpłynie na opłacalność prowadzonej przez nie działalności. Trudno nawet przyjąć by miała wpłynąć na wyrażane w tych mediach opinie i poglądy, a zatem nie może ona wpływać na pluralizm mediów innych niż te, które są przedmiotem ocenianej koncentracji. Powtórzyć trzeba, że nawet aspekt „pluralizmu” dla samego jego rozważania wymaga skonstruowania niedającego się na gruncie u.o.k.k. uzasadnić rynku ogółu mediów.

- 6.4. W odwołaniu Rzecznik wskazuje, że publiczni nadawcy radiowi i telewizyjni „*prowadzą (...) własne informacyjne portale internetowe, na których zamieszczane są również reklamy. Prezes UOKiK nie dokonał jednak żadnych własnych ustaleń, w jaki sposób koncentracja dokonywana z udziałem podmiotu zależnego od Skarbu Państwa wpłynie choćby na ten konkretny segment rynku.*”
- 6.5. Zwraca niewątpliwie uwagę, że także ten zarzut sformułowany został w sposób nieodpowiadający naturze odwołania do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nie przedstawia on nawet konkretnie, jaki rynek właściwy miał nie zostać zbadany, a zwłaszcza, że na takim rynku doszłoby do istotnego ograniczenia konkurencji. Zarzut ogranicza się do „braku dokonania ustaleń” przez Prezesa UOKiK, jakkolwiek nie jest do końca jasne, o jakie ustalenia miałyby chodzić. Już z tego względu rozpatrywanie go w takiej postaci byłoby nieuzasadnione.
- 6.6. Powstaje także zasadnicze pytanie na czym miałyby polegać istotne ograniczenie konkurencji na rynku sprzedaży powierzchni reklamowej (reklam) przez informacyjne portale internetowe. Wydaje się, że jednym możliwym do rozważania ryzykiem byłoby ewentualne podniesienie cen reklam w serwisach nabytych dzięki koncentracji, nie jest jednak jasne, jakie miałyby być powody takiego działania. Udział portali informacyjnych nabytych w drodze koncentracji we właściwych dla nich rynkach nie zmieni się i w związku z tym nie ma powodu by przyjmować, że decyzje rynkowe dotyczące sprzedaży reklam kształtować się będą w następstwie transakcji w inny sposób jak dotychczas.
- 6.7. Rzecznik wskazuje także w odwołaniu na „*konieczność ochrony danych osobowych obywateli, w szczególności użytkowników*”, dodając, że użytkownicy serwisów internetowych nabytych dzięki koncentracji zakładają w nich konta i przekazują dane osobowe, a tym samym „*Koncentracja umożliwi (...) dostęp spółki kontrolowanej przez Skarb Państwa (...) do wskazanych danych, w tym adresów IP użytkowników.*” Nie jest możliwe pogodzenie tego zarzutu z zasadami oceny antymonopolowej. Dane osobowe podlegają prawnej ochronie, której zasady i zakres nie zmieniają się na skutek koncentracji. Zarzut RPO wydaje się opierać na założeniu, że PKN ORLEN będzie dopuszczać się działań bezprawnych, nie respektując m.in. postanowień Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych

osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (RODO). Nie zostały wskazane jakiegokolwiek przesłanki choćby uprawdopodobniające takie ryzyko, nie mówiąc już o tym, że nie chodzi tu w ogóle o sferę ograniczeń konkurencji, a o zupełnie inne kwestie.

6.8. Odwołanie w bardzo ograniczonym zakresie odnosi się do wyników badania przez Prezesa UOKiK przewidywanych skutków koncentracji dla konkurencji na zidentyfikowanych rynkach właściwych. Nie wydaje się w związku z tym celowe powtarzanie w odwołaniu treści decyzji Prezesa Urzędu zezwalającej na dokonanie koncentracji. Niemniej jednak warto jest zawrócić uwagę, że:

- a) W decyzji Prezes Urzędu stwierdził, że oceniana koncentracja **nie ma skutków horyzontalnych**. Poza próbą konstruowania definicji rynku właściwego jako „ogółu mediów”, odwołanie nie kwestionuje w zasadzie tego ustalenia. Tymczasem wiadomym jest, że zastrzeżenia do koncentracji z punktu widzenia ich możliwego negatywnego wpływu na konkurencję dotyczą w przeważającej większości koncentracji o wymiarze horyzontalnym. Jest to zrozumiałe, ponieważ takie koncentracje prowadzą do powiększenia udziałów rynkowych i tym samym do uzyskania przez podmiot przejmujący kontrolę silniejszej pozycji rynkowej. Okoliczność, że niniejsza koncentracja nie ma takich skutków i **nie da się tego ustalenia podważyć** bez kwestionującej podstawowe zasady konstruowania rynków właściwych definicji szerokiego rynku medialnego i bez dołączenia do niej poglądu, w świetle którego PKN ORLEN na takim rynku byłby uznawany za emanację państwa, świadczy jedynie o tym, że zaskarżona decyzja jest już *prima facie* prawidłowa. Koncentracje o skutkach wertykalnych lub konglomeratowych jedynie zupełnie wyjątkowo wywołują bowiem ryzyko ograniczenia konkurencji, nie mówiąc już o ograniczeniu istotnym.
- b) Wskazuje się, że *„Koncentracje wertykalne nie mają tak dużego wpływu na konkurencję, jak koncentracje horyzontalne”*. W dotychczasowym orzecznictwie Prezesa UOKiK przyjmowano, że *„fuzje wertykalne nie mają per se skutków ograniczających konkurencję i częściej przynoszą korzyści konkurencji”* (decyzja Prezesa UOKiK Kompania Węglowa/Huta Łabędy Nr DKK-105/2010). Typowym skutkiem koncentracji wertykalnej jest zwiększenie efektywności przez obniżenie kosztów, w tym transakcyjnych. W odwołaniu nie wskazano na czym konkretnie miałyby polegać ewentualne ograniczenia konkurencji (które co więcej musiałyby mieć charakter istotny) na rynkach, na które koncentracja mogła wywierać wertykalny wpływ. Należy mieć świadomość, że tak naprawdę wpływ w relacjach wertykalnych przejawia się na rynkach reklamowych w tym sensie, że PKN ORLEN jest przedsiębiorcą, który wykupuje powierzchnię reklamową, a nabyte przedsiębiorstwo (prasa, serwisy internetowe) ją sprzedają. W takiej sytuacji wpływ na konkurencję (jej ograniczenie) mógłby się ewentualnie wrażyć w tym, że PKN ORLEN zrezygnowałby z wykupywania reklam w mediach konkurencyjnych (na rynkach lokalnych). Ogólny udział PKN ORLEN w reklamach tego rodzaju (po stronie nabywcy usługi) jest tak niewielki, że trudno sobie wyobrazić by nawet taki scenariusz znacznie wpłynął na pozycję konkurencyjną innych wydawców prasy regionalnej lub innych serwisów internetowych. Ogólny udział reklam PKN ORLEN we wszystkich mediach należących do Polska Press w 2020 r. był marginalny na

tle ogólnych wydatków reklamowych PKN ORLEN, przy czym wskazać trzeba, że PKN ORLEN nie znajduje się nawet w gronie 10 największych reklamodawców w Polsce. Odwołanie nie przedstawia żadnego argumentu, nie mówiąc już o dowodach, by zakwestionować powyższy wniosek.

- c) Skutki w układzie konglomeratowym także zostały poddane badaniu w zaskarżonej decyzji. Ponownie, w odwołaniu brak jest konkretnych argumentów i dowodów pozwalających nawet podać w wątpliwość ustalenia Prezesa Urzędu. Wskazać wypada, że hipotetyczne negatywne dla konkurencji skutki w układzie konglomeratowym wymagałoby tak naprawdę wykazania szczególnej motywacji po stronie PKN ORLEN do podjęcia działań wymierzonych w innych przedsiębiorców, mimo że byłyby one dla spółki ekonomicznie nieracjonalne. Dotyczy to zarówno drukarni, jak i dystrybucji prasy. Zarzut taki nie może być jednak stawiany bez przedstawienia dowodów. W przeciwnym razie każda koncentracja wywierająca skutki w układzie konglomeratowym mogłaby być zakazana z tym uzasadnieniem, iż przedsiębiorca przejmujący kontrolę będzie zachowywał się inaczej niż przedsiębiorca, nad którym kontrola została przejęta. Aby jednak móc w sprawie antymonopolowej przedstawić takie zagrożenie, konieczne jest wykazanie, iż dla podmiotu przejmującego kontrolę istniałyby ekonomiczne bodźce do takiego działania. W przeciwnym razie analiza zatrzymałaby się na poziomie czystej spekulacji. Tymczasem w odwołaniu nie zostały wskazane takie czynniki o ekonomicznym charakterze, które mogłyby uzasadniać przyjęcie, iż PKN ORLEN będzie na rynkach, na które koncentracja mogła wywrzeć wpływ w układzie konglomeratowym poddany innym bodźcom ekonomicznym niż bierny uczestnik koncentracji. Ponieważ takie przesłanki nie istnieją, a z pewnością nie zostały wykazane, nie było innej możliwości, aniżeli przyjąć, że w układzie konglomeratowym koncentracja nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji.

- 6.9. Mając powyższe na uwadze, odwołanie winno zostać oddalone. Zaskarżone decyzja jest decyzją prawidłową i jedyną możliwą do wydania przy zastosowaniu przepisów u.o.k.k. W pewnym sensie odwołanie wspiera ten wniosek, ponieważ jego zasadnicze założenie polega na tym, iż wadliwości decyzji trzeba upatrywać w zaniechaniu przez Prezesa Urzędu wzięcia pod uwagę okoliczności, które znajdują się poza zakresem przewidzianej w przepisach u.o.k.k. kontroli koncentracji. Ponieważ jednak nie można przyjąć by organ taki jak Prezes UOKiK powinien wykroczyć poza swoje kompetencje i zacząć orzekać w oparciu o niesprecyzowane podstawy, których nie jest on ani władny, ani nawet kompetentny (w znaczeniu merytorycznej wiedzy i doświadczenia) oceniać, to zaakceptowanie stanowiska wyrażonego w odwołaniu musiałoby oznaczać wystąpienie przeciwko konstytucyjnie chronionym wartościom, w tym zasadzie, iż organy państwa muszą działać na podstawie i w granicach prawa.

Oświadczam, że odpisy odpowiedzi na odwołanie zostały nadane przesyłką poleconą do Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prezesa UOKiK.

adw. dr hab. prof. INP PAN Paweł Podrecki

